

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**Inmigración irregular y federalismo de ejecución en los  
Estados Unidos de América**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Pablo González Saquero**

Director

**Ricardo Alonso García**

**Madrid, 2017**

©Pablo González Saquero, 2016



UNIVERSIDAD  
**COMPLUTENSE**  
MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

# **Inmigración irregular y federalismo de ejecución en los Estados Unidos de América**

Tesis Doctoral presentada por  
**Pablo González Saquero**

Director  
**Dr. D. Ricardo Alonso García**

Madrid, octubre de 2015



UNIVERSIDAD  
**COMPLUTENSE**

MADRID

FACULTAD DE DERECHO

# **Inmigración irregular y federalismo de ejecución en los Estados Unidos de América**

Tesis Doctoral presentada por  
**Pablo González Saquero**

Director  
**Dr. D. Ricardo Alonso García**

Madrid, octubre de 2015



## **Inmigración irregular y federalismo de ejecución en los Estados Unidos de América**

No provision in the U.S. Constitution unequivocally authorizes the federal government to regulate immigration and control immigrants and a fundamental principle of the U.S. federal system is that the federal government is one of “enumerated powers.” As a result, the federal government generally cannot exercise powers not expressly authorized by the U.S. Constitution. However, the federal government has actively regulated immigration for more than a century, with state and local governments having limited authority in the field. Even more, in *Henderson*, *Chy Lung* and other early cases from the late 19<sup>th</sup> century, state action in the field of immigration was held unconstitutional even though Congress had not acted. Soon after, giving an imprimatur to a plenary and exclusive federal regulatory power in the field, the Supreme Court reconstructed the federal immigration power from a form of commercial regulation rooted in Congress's commerce power, to an extra-constitutional regulatory authority that is inherent in national sovereignty. In 1891, the centralization process came full circle when Congress put in place a bureaucratic structure who assume sole control over the enforcement of immigration laws.

Federal exclusivity over immigration was not remarkable in terms of constitutional doctrine when *dual federalism* was in place. For a century and a half between the Founding and the New Deal, the Constitution was understood to mandate “two mutually exclusive, reciprocally limiting fields of power—that of the national government and of the States,” and challenges to state or federal measures required judges to determine whether the right government was acting within the right sphere. After the New Deal constitutional revolution, the Court's federalism doctrine generally abandoned dual federalism's notion of separate spheres in favor of a regime of concurrent jurisdiction. This meant that both state and national authorities have power to address most subjects of regulatory concern. Although cooperative-multilevel regulation and enforcement is, since then, not only constitutionally possible but a pervasive feature of the U.S. federal system, some have argued that immigration is exceptional in that it retains traces from the old days of dual federalism. According to this school of thought, immigration is still an exclusive enclave of federal power in which states and localities are powerless to regulate. Any entry into this realm necessarily invades federal power, whether affirmatively exercised or not. In addition, inextricably linked to the proposition that the immigration power is exclusively federal is a non-devolvability principle some scholars have found enshrined in a constitutional requirement of national uniformity. The nature of the immigration plenary power is such that the federal government may be constitutionally prohibited from delegating its authority to the states, because invitation for local enforcement will result in a violation of the constitutional mandate for uniform immigration laws as local authorities will enforce federal immigration laws differently, creating, in effect, different immigration laws.

Against this backdrop, focusing in the organization of enforcement authority between the Federal government and the States in the field of immigration, we argue that federal exclusivity and the non-delegation principle are today constitutional doctrines in retreat, unable to explain by themselves the legal landscape of immigration federalism. Immigration federalism is not a byproduct of a categorical design etched in constitutional stone, judicially policed and preserved, but largely a project crafted by Congress. Supreme Court's contemporary immigration decisions suggest that the plenary power doctrine, the foundation of immigration exceptionalism in the federal system, is headed toward its ultimate demise.

As for its doctrinal implications, this "ordinary diet" of federalism has caused that the actual analytic framework applied by the Court in modern cases, like *DeCanas* and *Whiting*, is grounded in conventional preemption inquiries typical in cases dealing with areas of concurrent regulatory authority. Nevertheless, occasional invocation of federal preeminence and exclusivity point to the possibility that Courts, implicitly, factor the federal plenary power doctrine into their assessment of subfederal enactments. Relatedly, the recent opinion in *Arizona v. United States* has unveiled an inchoate accounting of the role of executive action and its preemptive effect. An artificially enhanced preemptive effect of the comprehensive scheme contained in the Immigration and Nationality Act has been interpreted to emasculate the most part of the autonomous regulatory and enforcement capacity of the states. At the same time, delegation of screening authority over immigrants to states and local governments and cooperative enforcement has become important features of today's American immigration law as well. That has been the design of the federal Legislative since the mid-90's.

A different problem is posed by sanctuary policies that, unlike anti-immigrant subfederal laws intended to regulate immigration are not about regulating the admission of immigrants. Here the states and localities have turned to a dualist-style constitutional protection of their autonomy, carved by the Supreme Court from the Tenth Amendment. Congress cannot commandeer local authorities to enforce federal immigration laws. Thus, as long as sanctuary communities that choose not to ask about immigration status do not bar volunteer communications and follow other federal requirements of cooperation, they clearly are not preempted. However, conditional spending and conditional preemption are still available to the Legislature if they want to persuade the states to voluntarily collaborate in the enforcement of federal immigration law.

## Contenidos

<i>Abstract</i>	<i>pag. iii</i>
<i>Sistema de citas</i>	<i>pag. ix</i>
<b>Introducción</b>	<b>pág. 1</b>
<b>I. Poder normativo y de ejecución</b>	<b>pág. 11</b>
A. El papel de las administraciones estatales en el control de la inmigración hasta 1875	
1. Las características del federalismo dual	
2. Cláusula de comercio y competencias reservadas a los Estados ( <i>police powers</i> ): el control de la inmigración como competencia concurrente antes de la guerra civil	
3. El protagonismo estatal en la regulación y ejecución de la política migratoria	
B. La formación de una competencia federal exclusiva para regular la inmigración	
1. Competencia nacional exclusiva sobre el comercio e inconstitucionalidad de las legislaciones estatales en materia de inmigración	
2. La transición hacia un poder federal exclusivo y extraconstitucional en materia de inmigración	
3. La distinción entre regulación de la inmigración y régimen de extranjería	
C. Decadencia de la exclusividad como categoría dogmática y su impacto en materia de extranjería	
1. El modelo federal tras la revolución constitucional del <i>New Deal</i>	
2. Federalismo cooperativo y competencias exclusivas. En especial, en materia de política exterior	
3. Control de la inmigración y retórica de la exclusividad federal ¿límite efectivo para los Estados?	
D. El Presidente, la administración federal y la ejecución del derecho de extranjería	
1. El poder presidencial en materia de inmigración	

2. La administración federal de inmigración como una formidable maquinaria de ejecución
  3. La discrecionalidad administrativa y el deber constitucional de ejecutar las leyes
- E. La supremacía del derecho federal y la preención como límite de las competencias estatales en materia de inmigración
1. Poder preentivo del legislador federal e inmigración ¿exclusividad con otro nombre?
  2. El efecto preentivo de la discrecionalidad administrativa

## II. Delegación y ejecución cooperativa

pág. 73

- A. Estructura constitucional delegación vertical de competencias de ejecución
1. Exclusividad e indelegabilidad de competencias
  2. La exigencia constitucional de uniformidad como prohibición de delegación: el poder para establecer una “regla uniforme de naturalización”
  3. La teoría de la unidad del ejecutivo como limitación a la delegación
- B. Federalismo cooperativo de ejecución en la lucha contra la inmigración irregular
1. Concurrencia normativa, implementación y ejecución cooperativa
  2. La ejecución cooperativa del ordenamiento de extranjería como necesidad federal
  3. Cooperación como pretexto, y conflicto, en la ejecución del ordenamiento de extranjería
- C. Remisiones al derecho (penal) sustantivo de los Estados y su influencia colateral en la aplicación de las normas federales sobre expulsión de extranjeros
1. Excurso: expulsión de extranjeros y regulación estatal del matrimonio
  2. Derecho penal estatal y expulsión de extranjeros
- D. Delegación expresa del poder de ejecución del régimen sancionador de la inmigración irregular
1. Excurso: delegación antes del federalismo cooperativo
  2. Delegación *ex lege*
  3. Integración administrativa: los acuerdos formalizados de cooperación
  4. En especial, los acuerdos de la sección 287(g)
  5. Delegación y preención (remisión)
- E. Fórmulas cooperativas que no implican delegación de competencias
1. El *Criminal Alien Program*



2. El programa *Secure Communities* y los problemas de la cooperación automatizada
3. Automatización bajo control: el *Priority Enforcement Progame*

### III. Autonomía de ejecución

pág. 135

- A. La ejecución autónoma del derecho federal por los Estados, en general
  1. Sobre la existencia de un poder general de los Estados para ejecutar el derecho federal
  2. Ejecución autónoma del ordenamiento federal de extranjería
- B. El poder inherente de las autoridades estatales para efectuar detenciones por delitos de extranjería
  1. La recepción del poder general para detener por delitos federales en materia de extranjería
  2. La distinción entre ilícitos penales e ilícitos administrativos y su problemática
- C. El poder inherente de las autoridades estatales para efectuar detenciones por infracciones administrativas de extranjería
  1. La postura contraria al poder inherente para perseguir infracciones administrativas
  2. El *10th Circuit Court* y la postura favorable al poder inherente para perseguir infracciones administrativas
  3. El Dictamen del *Office of the Legal Counsel* de 2002
- D. El poder inherente a los Estados para detener por infracciones federales tras *Arizona v. United States*
  1. La sección 6 de la SB 1070 de Arizona y la respuesta de los tribunales federales inferiores
  2. La sentencia del Tribunal Supremo
  3. Poder inherente a los Estados y poder preentivo del legislador (y de la administración) según el Tribunal Supremo
- E. La ejecución incidental por los Estados del régimen sancionador de extranjería
  1. La importancia de la participación incidental en la ejecución
  2. La información sobre el estatus inmigratorio y la legislación federal
  3. Procedimientos policiales e indagación en el estatus inmigratorio
  4. La sección 2(B) de la ley de Arizona
- F. La ejecución incidental tras *Arizona v. United States*
  1. La postura del *9th Circuit*: el legislador federal excluye la ejecución incidental
  2. La discrepancia entre tribunales

3. La constitucionalidad de la participación incidental en la ejecución, según el Tribunal Supremo
- G. Recapitulación: Autonomía de ejecución e inmigración irregular a través de unos ejemplos

#### IV. No cooperación y ejecución coactiva

pág. 203

- A. La no cooperación en el contexto de las políticas de integración
- B. El valor constitucional de la autonomía estatal: de la cooperación a la coerción
  1. La autonomía estatal en el federalismo cooperativo
  2. El renacer de una protección constitucional limitada de la autonomía: la *anticommandeering rule*
  3. La *anticommandeering rule* y las competencias estatales de ejecución: *Printz* y *Condon*
  4. Hacia un nuevo significado de la autonomía estatal
- C. No cooperación en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería
  1. No participación en la persecución de las infracciones de extranjería
  2. No comunicar información sobre la situación administrativa de extranjería
  3. No investigar la situación administrativa del extranjero
  4. Las políticas de no cooperación, entre la adaptación y el conflicto con la legislación federal
- D. No cooperación y administración automatizada de información
  1. La automatización como forma de coerción: el caso del programa *Secure Communities*
  2. El *detainer* como mandato y la *anticommandeering rule*
  3. El *detainer* y el problema de la legalidad de la detención
  4. La negativa de las agencias estatales y locales a cumplir con el *detainer* y la reacción federal
- E. Los límites de la autonomía estatal y de la *anticommandeering rule*
  1. Los límites internos de la *anticommandeering rule*: los mandatos permitidos
  2. La ‘preención condicional’ y su escasa eficacia en el contexto de la no cooperación en la ejecución
  3. La imposición de condiciones a la financiación federal y la cooperación de los Estados
- F. El quebradizo estatus de los entes locales en el modelo federal de los Estados Unidos y el futuro de las ciudades ‘refugio’
  1. La legislación estatal contra las políticas locales de no cooperación

2. El valor de la autonomía local frente al poder del Estado
3. Inmigración irregular y poder local

## **Conclusiones**

**pág. 269**

## *Bibliografía*

*pág. 273*

## *Sobre el sistema de citas*

LA JURISPRUDENCIA DE los tribunales federales inferiores y de los tribunales estatales, se ha consultado en la versión y edición facilitadas por el *National Reporter System*, publicado por Westlaw Academic. No obstante, cuando se trata de resoluciones del Tribunal Supremo, se han utilizado las versiones oficiales publicadas en el *United States Reports* (abreviado U.S.) excepto cuando, por ser muy recientes, aún no han sido incluidas en los volúmenes anuales, en cuyo caso se ha empleado la versión, no oficial, ofrecida por la recopilación privada *Supreme Court Reporter* (abreviado S.Ct.), también publicada por la editorial antes referida. En todos los casos se ha respetado la forma en que habitualmente se citan los documentos judiciales tanto por la doctrina como por los operadores jurídicos (mencionando, por este orden, número de volumen, referencia abreviada de la recopilación en la que se ha publicado la resolución, número de la página inicial y, entre paréntesis, año acompañado normalmente de una abreviatura indicativa del tribunal que la ha dictado), con la sola variación de que la o las páginas concretas a las que se haga referencia se indicarán siempre en último lugar, tras el año de la resolución. Cuando se trata de una resolución judicial no publicada en ninguna recopilación, aparecerá indicado con las letras WL y un número a continuación, correspondiente a la numeración consecutiva que le asigna Westlaw, debiendo tener en cuenta el lector que en este caso la numeración de las páginas comienza de nuevo en cada documento.

En cuanto a la legislación, en principio se hace mención al articulado de los títulos del *United States Code* (USC), que codifica oficiosamente todas las normas vigentes sobre extranjería y nacionalidad. De especial relevancia para este trabajo es el título 8 dedicado a la codificación del derecho de extranjería. Se ha elegido esta fuente por la mayor facilidad que encontrará el lector para acceder a ella, si estuviera interesado. Igualmente, la jurisprudencia suele emplear el USC y no cada instrumento normativo aprobado por el legislador, al contrario de lo que hace la doctrina. El texto completo del título 8 del USC se encuentra accesible en <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2013-title8/pdf/USCODE-2013-title8.pdf>.

Por último, las cita de las fuentes documentales, tanto trabajos doctrinales como informes u otros documentos, se hace en nota a pie empleando una versión

abreviada de cada fuente (en la que se indica sólo apellido del autor o autores u organismo de procedencia en el caso de los informes sin autor y una referencia acortada del título), que fácilmente puede completarse consultando la relación, ordenada alfabéticamente, que se incluye al final de la obra.

## Introducción

---

ES PRIMERO DE julio de 2015, 18:30 de la tarde, y Kathryn Steinle, de 32 años, pasea con su padre y con un amigo en uno de los lugares más visitados por los turistas en la ciudad de San Francisco, el muelle 14, que a pie de mar ofrece unas vistas sin igual de uno de los puentes de la ciudad, el *Oackland Bay Bridge* y del perfil que forman los edificios de la urbe que yace a sus espaldas. Tras escucharse una fuerte detonación, la joven cae al suelo con una herida de bala en la espalda, que resulta fatal. A las pocas horas es detenido Juan Francisco López-Sánchez, de nacionalidad mexicana y 56 años de edad, quien no tarda en confesar ante la policía. Según su versión, después de tomar unas fuertes pastillas para dormir, se había dirigido al muelle 14 donde, debajo de un banco, había encontrado un objeto, envuelto en una camiseta, que resultó ser una pistola. Tras recogerla del suelo, el arma se habría disparado accidentalmente tres veces, una de las cuales habría alcanzado a Kate Steinle.<sup>1</sup>

La noticia llega pronto a los principales medios nacionales tras conocerse que López-Sánchez es un inmigrante en situación irregular, que ha sido expulsado previamente hasta en cinco ocasiones, y que desde el año 1991 ha pasado intermitentemente 17 años en prisiones norteamericanas por delitos graves relacionados con el consumo y el tráfico de drogas. En junio de 2009 había sido expulsado a México tras cumplir condena, pero tres meses después había sido nuevamente detenido en territorio de Estados Unidos y condenado, por el delito de nueva entrada ilegal, a cuatro años de prisión. Cumplida esta última pena, en marzo de 2015 es transferido al *San Francisco Sheriff Department*, para ser procesado por un delito de posesión de marihuana cometido en 1995. En ese momento, la administración federal de inmigración (el *Immigration Customs Enforcement*, ICE) solicita a las autoridades locales, mediante un documento

<sup>1</sup> Julia Preston, "San Francisco Murder Case Exposes Lapses in Immigration Enforcement," *New York Times*, 8 de julio de 2015, p. A10.

conocido como *detainer*, la notificación anticipada del momento en que se ponga en libertad a López-Sánchez, para así evitar que pueda sustraerse a la ejecución de la orden de expulsión que se ha dictado nuevamente contra él. Tras decidir el ministerio fiscal no presentar cargos, López-Sánchez es liberado el 15 de abril, sin que tal circunstancia se comunique a las autoridades federales.

A los pocos días de ser detenido, López-Sánchez reconoce en una entrevista concedida desde prisión a una televisión local que siempre ha preferido San Francisco como lugar de residencia porque es una ciudad santuario en la que no se persigue a los inmigrantes irregulares.<sup>2</sup> San Francisco mantiene en vigor desde 1989 una ordenanza que limita la colaboración de las autoridades locales con la administración federal de inmigración para perseguir a aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular, y a los que se pretende expulsar por el sólo hecho de su estancia ilegal.<sup>3</sup> En 2013 la ciudad había ampliado su política de no cooperación prohibiendo que se cumpliera con los llamados *detainer*, documentos librados por la administración federal de inmigración por los que se requiere a las autoridades locales o estatales competentes bien para que prolonguen la detención de un extranjero que tengan bajo su custodia hasta que los agentes de inmigración puedan hacerse cargo de él o bien pongan en su conocimiento con antelación su puesta en libertad. El legislador del Estado de California, que alberga a cerca de tres millones y medio de inmigrantes irregulares (de los más de once que residen en los Estados Unidos),<sup>4</sup> sigue el ejemplo de San Francisco y otras muchas entidades locales y en octubre de 2013 aprueba la *TRUST Act* que limita el cumplimiento de las solicitudes de cooperación formuladas por la administración federal en el contexto de la política de inmigración.<sup>5</sup>

Varias son las razones que han llevado a algunos Estados y entidades locales a implantar estas prácticas de no cooperación con la administración federal en la persecución de la inmigración irregular. El temor a que los inmigrantes irregulares renuncien a acceder a prestaciones públicas esenciales a las que tienen derecho por miedo a ser expulsados (como educación o atención sanitaria de urgencia), pudiendo crear con ello serios problemas de salud pública y conde-

<sup>2</sup> Juan Francisco López-Sánchez, entrevista realizada por Cornell Barnard, ABC7 News, 5 de julio de 2015, mins. 43:49 a 44:17. <http://abc7news.com/news/exclusive-raw-video-sfpier-14-shooting-suspect-speaks-/830215/>

<sup>3</sup> Las disposiciones que hacen de San Francisco una ciudad santuario se encuentran codificadas en el *San Francisco Administrative Code*, ch. 121, sec. 121.3.

<sup>4</sup> Bryan Baker y Nancy Rytina, *Estimates of the Unauthorized Immigrant Population Residing in the United States: January 2012*, Homeland Security Department, Office of Immigration Statistics, marzo de 2013, p. 5. Información más actualizada en “Unauthorized Immigrant Population Profiles,” último acceso 31 de agosto de 2015, <http://www.migrationpolicy.org/programs/us-immigration-policy-program-data-hub/unauthorized-immigrant-population-profiles>.

<sup>5</sup> *California Statewide Assembly Bill 4* (5 de octubre de 2013).

nando a las segundas generaciones de inmigrantes a la marginalidad y a la inmovilidad social con el consiguiente “de los problemas y los costes asociados al desempleo, la dependencia de la protección social, y el delito.”<sup>6</sup> El temor a que los extranjeros en situación irregular no denuncien a la policía los delitos de los que pudieran haber sido víctimas o no cooperen con las fuerzas del orden estatales o locales en la investigación de hechos criminales. El temor a que la implicación de las policías estatales y locales pudiera derivar en una discriminación racial sistemática en la aplicación de las leyes o en un riesgo para los derechos fundamentales en general. O, por último, el motivo más pragmático de que la participación de las policías estatales y locales implicaría un esfuerzo económico adicional para los menguados presupuestos de las agencias policiales estatales y locales.<sup>7</sup>

Como es de esperar, estas políticas a nivel subfederal no han quedado sin respuesta y los hechos del muelle 14 de San Francisco, tampoco. Al tiempo que las administraciones implicadas intercambiaban reproches,<sup>8</sup> el mes de julio de 2015 se pudo observar una intensa actividad parlamentaria a nivel nacional con el propósito de desnudar los efectos perjudiciales que las políticas de las llamadas ciudades ‘refugio’ estaban causando a los esfuerzos en la lucha contra la inmigración irregular,<sup>9</sup> y de impulsar nuevas las iniciativas legislativas para doblegar a aquellos Estados y entes locales que se resisten a cooperar en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería.<sup>10</sup> Pero eso ya es otra historia, que se contará en su momento.

Los ejemplos extremos que hemos expuesto nos ponen en la pista de dos ideas clave que queremos desarrollar en este trabajo. En el modelo federal norteamericano, el legislador y el ejecutivo federal ostentan un papel preeminente

<sup>6</sup> Como el propio Tribunal Supremo destacó al tiempo que declaraba inconstitucional una ley del Estado de Texas que restringía el acceso a la educación primaria para los extranjeros en situación irregular, *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982), p. 230.

<sup>7</sup> *P. ej.*, Kittrie, “Federalism, Deportation, and Crime Victims Afraid to Call the Police,” pp. 1502-07 y Rodríguez, Cristina M. “The Significance of the Local in Immigration Regulation,” pp. 600-05.

<sup>8</sup> Sobre el intercambio de críticas entre los distintos gobiernos implicados y el *Sheriff Department*, ver Jennifer Medina y Julia Preston, “After Killing Tied to Deported Felon, San Francisco Mayor Mulls Policy Shift,” *New York Times*, 9 de julio de 2015, p. A13, y Jennifer Medina, “Sheriff in San Francisco Faults Federal Authorities After Killing,” *New York Times*, 11 de julio de 2015, p. A9.

<sup>9</sup> Véase especialmente, por representar la opinión de un influyente grupo de reflexión especializado en temas de inmigración, United States, House Committee on the Judiciary, Subcommittee on Immigration and Border Security, *Hearing on Sanctuary Cities: A Threat to Public Safety July 23, 2015, 114th Cong. 1st sess* (testimonio de Jessica Vaughan, Director of Policy Studies, Center for Immigration Studies) disponible en <http://cis.org/Testimony/Vaughan-Sanctuary-Cities--072315>.

<sup>10</sup> Dos iniciativas legislativas, aún no aprobadas al tiempo de escribir estas páginas, pretenden condicionar la financiación federal de determinados programas de los cuales se benefician los Estados de la cooperación con las autoridades federales de inmigración.



en la lucha contra la inmigración irregular. Algunos han señalado que es su responsabilidad *exclusiva*. Sin embargo, la realidad, y no estamos hablando ahora de la distribución formal de competencias normativas o de ejecución, pone de manifiesto que es necesaria la colaboración de las autoridades estatales y locales para una efectiva política migratoria. El ICE, la agencia federal encargada de la policía de extranjería en el interior de Estados Unidos, cuenta con 4000 efectivos para perseguir a cerca de 12 mill. de extranjeros en situación irregular. Esa dependencia ha tenido dos respuestas, ambas igualmente perturbadoras para los poderes nacionales: algunos gobiernos locales y estatales se han negado a cooperar argumentando que ..... otros niveles subfederales de gobierno han pretendido utilizar la necesidad de colaboración para imprimir sus propias directrices en la persecución de la inmigración clandestina.

Antes de 1875, año en que se aprobó la primera regulación federal de la inmigración (que prohibía la inmigración de mujeres de nacionalidad china con propósitos inmorales -prostitución-), los estados adoptaron regulaciones que frecuentemente se aplicaban tanto a inmigrantes extranjeros como a residentes de otros estados y que se centraban en impedir la entrada y la permanencia de criminales, pobres, esclavos o negros libres y personas que profesaran determinadas creencias religiosas. El primer paso en la construcción del poder federal para regular la inmigración consistió en frenar los intentos de los estados por excluir a determinadas categorías de extranjeros. En los llamados *Passenger Cases*,<sup>11</sup> estudió el Tribunal Supremo la constitucionalidad de dos leyes estatales que imponían impuestos a la importación de pasajeros extranjeros. En una votación de 5-4 se declaró la inconstitucionalidad de las normas estatales por considerar que usurpaban un poder federal exclusivo (pleno), justificando el juez McClean que era crucial una regulación uniforme. En *Henderson v. Wickham*<sup>12</sup> y *Chy Lung v. Freeman*,<sup>13</sup> sendas leyes estatales autorizaban a los oficiales del estado a requerir de los capitanes de los barcos el pago de una fianza en orden a asegurar a sus pasajeros caso de que se convirtieran en una carga pública. La razón para resolver nuevamente en favor del poder exclusivo del Congreso fue la necesidad de uniformidad en las leyes de inmigración.

Hasta aquí la operación ha consistido en vetar la intervención estatal en la regulación de la inmigración. La cuestión inversa, si el gobierno federal poseía tal poder, quedaba pendiente y más teniendo en cuenta que el gobierno federal sólo puede actuar únicamente si la Constitución le atribuye, expresa o tácitamente, la autoridad para hacerlo (*is one of enumerated powers*), siendo uno de

<sup>11</sup> Smith v. Turner y Norris v. City of Boston, U.S. 1849

<sup>12</sup> U.S. 1875.

<sup>13</sup> U.S. 1875.

los poderes que se le atribuye el de adoptar todas las leyes “necesarias y adecuadas” para la ejecución de los demás poderes.<sup>14</sup>

En los asuntos citados se habían ofrecido varias posibilidades, citando el poder del Congreso «para establecer en todos los Estados Unidos un régimen común de naturalización», el poder «para declarar la guerra» (aun reconociendo que tal poder a lo sumo autorizaba para regular el estatus de los “extranjeros enemigos”), llegándose a citar la llamada migration and importation clause, en virtud de la cual «El Congreso no podrá prohibir antes del año 1808 la inmigración o importación de las personas que cualquiera de los estados ahora existentes estime oportuno admitir; pero podrá imponer sobre dicha importación un tributo o arancel no superior a diez dólares por persona.»,<sup>15</sup> aunque la interpretación dominante entiende que únicamente. Pero la fuente del poder federal más seriamente considerada fue el poder del Congreso «para para regular el comercio con las naciones extranjeras, así como entre todos los estados».

Los llamados Head Money Cases (Edye v. Robertson, U.S. 1884), el Tribunal Supremo se enfrentó por primera vez a una ley federal que imponía una tasa de 50 céntimos por cada pasajero extranjero que desembarcara y que debía satisfacer el capitán del barco, y que se destinaba para la administración del sistema migratorio y para ayudar a los extranjeros en situación de necesidad. El Tribunal invocó la cláusula de comercio como fundamento del poder federal, y la necesidad de uniformidad como justificación.

En *Chae Chan Ping v. United States*,<sup>16</sup> conocido mejor como Chinese Exclusion Case el Tribunal dio un salto cualitativo, ya que en lugar de asentar el poder exclusivo del Congreso sobre la inmigración en uno de los poderes enumerados, concluyó que tal poder es inherente a la noción misma de nación soberana y que por tanto no tenía por qué buscarse poder enumerado alguno que autorizara para excluir a los extranjeros era necesario. Asimismo, se vinculaba el poder para regular la inmigración con el poder federal para conducir las relaciones exteriores (tampoco enumerado entre aquellos que corresponden al gobierno federal y, no obstante, un poder exclusivo de la federación): “Mientras que de acuerdo con nuestra Constitución y forma de gobierno un número elevado de asuntos locales se encuentran bajo control de las autoridades locales, los Estados Unidos, en sus relaciones con otras naciones extranjeras y sus súbditos o ciudadanos son una sola nación, investidos con los poderes de que son titulares las naciones independientes” Ya en *Chy Lung v. Freeman*, había señalado el Tribunal Supremo que “la aprobación de leyes relativas a la admisión de ciudadanos y súbditos de naciones extranjeras en nuestras tierras pertenece al Con-

<sup>14</sup> Art. I, §8, cl. 18

<sup>15</sup> Art. I, § 9 U.S. Const.

<sup>16</sup> U.S. 1889.

greso y no a los Estados ... Si fuera de otra manera, un solo estado podría, a su antojo, empujarnos a desastrosos conflictos con otras naciones.<sup>17</sup>

Con ello se ha articulado, y con la máxima intensidad posible, la fuerza con la que el gobierno federal regula la inmigración: los estados no ostentan poder normativo alguno sobre la inmigración, y el ejercicio de cualquier poder tal interfiere con la autoridad federal, incluso aunque ésta no la haya ejercitado (se trataría de una suerte de dormant immigration clause, cf. K. Manheim, 1995). La prevalencia del derecho federal viene impuesta por la Constitución, se habla por ello de Constitutional o structural preemption. (viene a parecerse a nuestra competencia exclusiva).

Lo que no parece tan claro es la amplitud que ese ámbito de regulación deba tener, es decir, qué deba entenderse propiamente como “regulación de la inmigración.” No debe olvidarse el contexto en el que ese poder del gobierno nacional opera: uno en el cual los gobiernos estatales, entes soberanos independientes, y locales son titulares de los llamados “poderes de policía” (police powers), lo que significa que poseen una competencia tendencialmente universal para aprobar todas aquellas leyes no prohibidas expresamente por la Constitución.<sup>18</sup> Es más, recuérdese que la Enmienda X garantiza que «los poderes que la Constitución no delegue a los Estados Unidos ni prohíba a los estados quedan reservados a cada uno de los estados o al pueblo.» Sin el consentimiento del Congreso, ningún estado podrá imponer impuestos ni aranceles sobre las importaciones ni las exportaciones excepto los que sean absolutamente indispensables para llevar a cabo sus leyes de inspección; y el beneficio neto de todos los aranceles e impuestos fijados por cualquier estado sobre las importaciones o las exportaciones, se ingresará en el erario de los Estados Unidos; y todas esas leyes estarán sujetas a la revisión y control del Congreso.

Pues bien, la doctrina de la exclusividad *ex Constitutione* y la preclusión de las leyes estatales que aborden la regulación de la inmigración comienza a resquebrajarse a mediados de la década de los años 70, cuando el Tribunal Supremo decide el asunto *De Canas v. Bica*<sup>19</sup> en el que el Tribunal defendió la constitucionalidad de una ley de California que prohibía el empleo de inmigrantes en situación irregular, si ello supone un efecto adverso para los trabajadores que son residentes legales: “Este Tribunal nunca ha sostenido que toda legislación

<sup>17</sup> Relacionado con este argumento pero no buscando un origen extraconstitucional del poder de la federación para excluir a los extranjeros es el que defiende que es la estructura de la Constitución, tomada como un todo, la que sugiere la intención de atribuir al gobierno federal los poderes que acostumbran a poseer las naciones independientes; cf. Aleinikoff et al., *Immigration and Nationality Law*.

<sup>18</sup> ex. Art. I, Secc. 10 U.S. Const.

<sup>19</sup> U.S., 1976

estatal que de cualquier forma aborde la regulación de los extranjeros es una regulación de la inmigración y por ello prohibida (preempted) por este poder [federal] constitucional en la materia, ya haya sido ejercitado o se encuentre latente”

El tribunal, pues, articula dos ámbitos distintos de la competencia sobre el régimen de extranjería: el formado por aquellas normas que regulan la inmigración, es decir que consiste, “esencialmente, en determinar quién debe o no ser admitido en el país, y las condiciones conforme a las cuales puede permanecer quien accedió a él legalmente.” Este es el reino, el de la regulación directa de la inmigración (régimen de la inmigración en sentido puro), en el que opera la *constitutional preemption*, en el que, siquiera ausente regulación federal, no pueden los estados entrar (*dormant immigration clause*).

De este ámbito se diferencia, no obstante, el terreno de la regulación indirecta de la inmigración (régimen de extranjería), respecto del que el Tribunal Supremo concluye: “incluso si tal regulación local tuviera un algún efecto puramente especulativo o indirecto sobre la inmigración, no por ello deviene una regulación de la inmigración constitucionalmente prohibida” por lo que “en ausencia de una intervención del Congreso ... no sería una incursión prohibida en el poder federal”

Ello no es un aval, no obstante, para toda regulación estatal que suponga una regulación indirecta del régimen extranjería cuando el gobierno federal ha intervenido. Es en ese momento cuando la intervención estatal debe someterse al escrutinio que vertebra la institución de la preemption, derivada de la cláusula de supremacía del Art. VI, 2 Const., conforme al cual «La presente Constitución, así como las leyes de los Estados Unidos que se dicten en su cumplimiento y todos los tratados celebrados o que se celebren en el futuro bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país; y los jueces de todos los estados estarán obligados a cumplirlas aunque hubiera alguna disposición en la constitución o en las leyes de cualquiera de los estados que dijera lo contrario.»]

Tradicionalmente el TS ha identificado dos situaciones en las cuales opera la preemption:<sup>20</sup> 1) Cuando el derecho federal expresamente obtura o proscribire la intervención de los estados o entes locales (*express preemption*); 2) Incluso aun cuando no exista preemption expresa de la legislación estatal o local, podrá determinarse la existencia de una preemption implícita, si puede deducirse una clara intención del Congreso de que la normativa federal debería proscribir la intervención de los estados o entes locales. Ello ocurre en dos situaciones.

Concurrirá *field preemption* bien cuando el Congreso ha expresado claramente su intención de que la legislación federal sea exclusiva en un área deter-

<sup>20</sup> Gade v. National Solid Waste Management Association, U.S. 1992

minada o si el carácter comprehensivo de la regulación federal evidencia el deseo del Congreso de que la ley federal debería ocupar completamente el ámbito de regulación, no dejando espacio alguno a los Estados para complementar la normativa del Congreso. Si se trata de un ámbito de regulación tradicionalmente ocupado por los estados y que sirve un interés importante de éstos, los tribunales son más reticentes a admitir la existencia de preemption, y aplican una presunción en contra de la misma, que no juega si se trata de un ámbito en el que el Congreso ha interpretado tradicionalmente un papel de único y exclusivo actor.<sup>21</sup>

Cuando, aun ausente una ocupación exhaustiva del ámbito regulado por parte del Congreso, existe un conflicto (*conflict preemption*) entre la ley estatal y la federal, tanto en el caso de que no sea posible cumplir simultáneamente con ambas normas, como cuando la ley estatal impida la consecución de los objetivos perseguidos por la regulación federal.

Las disposiciones que examinamos a continuación abordan la tipificación de conductas delictivas en las que directa o indirectamente, está presente un elemento de extranjería, tarea que la ley acomete de tres maneras distintas: creando tipos penales nuevos (sancionando el trabajo del inmigrante indocumentado y el empleo de personas recogidas en vías públicas); estableciendo penas estatales por la comisión de delitos tipificados por la legislación federal, sin alterar la tipificación (no registrarse o no portar documento de registro); tipificando conductas ya castigadas por el derecho federal, tratando de reflejar el modo en que la ley federal las define y sanciona (tipifica la conducta de transportar o ayudar a eludir la detección de un inmigrante ilegal y el empleo de inmigrantes en situación irregular).

Es en este contexto en el que debe conducirse nuestro análisis de la articulación vertical de las competencias de ejecución, en materia de inmigración, en el modelo federal de los Estados Unidos. La metodología elegida pone el énfasis no sólo en ofrecer estudio anatómico que permita comprender la ejecución multinivel del derecho de extranjería, sino también en construir un modelo más general que pueda ser trasladado a otros sistemas en los que puede hablarse de ‘federalismo de ejecución,’ en especial el que hoy ofrece la estructura constitucional de la Unión Europea. El modelo propuesto vertebrará el trabajo a través de cuatro cuestiones fundamentales:

1. ¿Son las competencias de ejecución coextensas a las competencias normativas? ¿o se impone constitucionalmente una descentralización de las compe-

<sup>21</sup> En este sentido, debe tenerse en cuenta que los Estados poseen la responsabilidad principal para definir y perseguir delitos (incluso en aquellos casos en que se trata de delitos basados en actos que infringen también la ley federal) siempre que ello no infrinja la Cláusula de Supremacía (*Abbate v. United States*, US 1959).

tencias de ejecución? Sí, implicaría que la administración federal puede ejecutar las normas federales de inmigración y que los Estados, en la medida en que puedan regular, podrán ejercer también competencias de ejecución de su propia legislación. No, implicará, como en Alemania, que las competencias normativas y las competencias de ejecución se atribuyen a distintos niveles de poder.

2. Asumiendo que las competencias ejecutivas son coextensas a las competencias normativas y que, por tanto, el nivel de gobierno que puede legislar, puede ejecutar, cabe plantearse otra cuestión ¿hay impedimentos constitucionales a la delegación/habilitación vertical de las competencias de ejecución? ¿o es posible que, mediando invitación del legislador federal, los niveles de gobierno estatal y local asuman voluntariamente facultades de ejecución del derecho federal? En el modelo europeo sabemos que se parte de una delegación *ex Constitutione* en favor de los Estados Miembros la pregunta de las competencias de ejecución. Sin embargo, la Unión Europea puede asumir la ejecución de su propio derecho o incidir, a través de medidas armonizadoras, en las actividades de ejecución que llevan a cabo los Estados.

3. Asumiendo que los poderes federales puedan ordenar verticalmente las competencias de ejecución del propio derecho federal, ¿pueden los Estados ejercer competencias ejecutivas más allá de las competencias delegadas? Dicho de otra manera ¿tienen los Estados competencia para ejecutar autónomamente el derecho federal más allá de las delegaciones expresas?

4. Asumiendo que los poderes federales puedan ordenar verticalmente las competencias de ejecución del propio derecho federal, ¿puede esa ordenación tener carácter coactivo? Es decir, ¿puede el legislador federal imponer coactivamente a las administraciones estatales la cooperación en la ejecución del derecho federal? ¿o, por el contrario, los Estados gozan de algún tipo de inmunidad frente a ese tipo de mandatos?

Otro panorama muy diferente ofrece, en efecto, el Derecho de la Unión, no ya sólo si se atiende a la existencia de un instrumento, como la Directiva, especialmente pensado para imponer obligaciones regulatorias a los Estados Miembros (art. 288, pf. 3 TFUE), sino si se tiene presente el principio constitucional de cooperación leal, expresado en el art. 4.3 TUE, conforme al cual “los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión.”<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Sobre ello, con referencias a comparadas, Halberstam, “Comparative Federalism and the Issue of Commandeering,” pp. 230-34 y Siegel, “Commandeering and Its Alternatives,” pp. 1658-60.

# I

---

## *Poder normativo y de ejecución*

EL PRIMER PASO en el análisis de la distribución de las competencias de ejecución tanto en el modelo federal de los Estados Unidos como, podemos decir, en cualquier sistema de gobierno multinivel es determinar si las competencias de ejecución acompañan a los poderes normativos, de forma que cada nivel puede crear y ejecutar su propio derecho o si, por el contrario (como ocurre por ejemplo en Alemania), la Constitución atribuye la potestad de regulación primaria al poder nacional mientras que la ejecución normativa y material se encomienda a los aparatos administrativos subfederales. En el sistema de los Estados Unidos, las competencias de ejecución son coextensas a las competencias normativas. Por ello, saber si una instancia de poder puede regular es un *prius* para saber si puede ejecutar y aplicar materialmente el derecho por el producido. La primera dificultad, sin embargo, que tenemos que enfrentar es la capacidad normativa en materia de inmigración a fluctuado históricamente entre la concurrencia y la exclusividad, entre el silencio del legislador federal y el protagonismo único de los Estados y el monopolio federal más absoluto desplazando cualquier poder estatal para controlar la inmigración, entre, en fin, la exclusividad fundada en un pretendido mandato constitucional (o incluso, apelando a fuentes extraconstitucionales de competencia), y la centralización asentada en un marco normativo exhaustivo.

### **A. El papel de las administraciones estatales en el control de la inmigración hasta 1875**

#### **1. Las características del federalismo dual**

El federalismo dual, lo vimos en el capítulo anterior, dejó de ser una teoría apropiada para ordenar las relaciones entre los distintos niveles de gobierno cuando

las necesidades de la sociedad demandaron un mayor volumen de actividad regulatoria y una mayor interdependencia entre las administraciones en la gestión de los programas federales.

i) En el plano *legislativo* o de regulación primaria, ese nuevo federalismo relacional se tradujo en la posibilidad de que los poderes normativos federales y estatales pudieran concurrir en la inmensa mayoría de las materias. En la medida en que es un principio básico que las competencias de ejecución son coextensas a las competencias normativas, cuando los Estados tienen competencia para regular en un determinado ámbito sustantivo ello implica que tienen la capacidad para ejecutar su propio derecho, empleando sus propias estructuras administrativas y judiciales. En una realidad en que es posible la concurrencia normativa, es habitual que los Estados prohíban y sancionen conductas que también han sido tipificadas por el legislador federal. El solapamiento de los poderes regulatorios presupone una limitación en el alcance del efecto preentivo de la legislación federal.

Por ejemplo, los derechos Estatales tipifican y sancionan la posesión de determinadas sustancias prohibidas para su distribución,<sup>1</sup> y así lo hace también el legislador federal, que además incluye una cláusula de salvaguarda del poder tipificador de los Estados siempre que no se ejerza de manera contradictoria con la legislación federal.<sup>2</sup> El derecho estatal y el derecho federal sancionan así la misma conducta e incluso es posible que el Estado incorpore a su derecho, por remisión, la conducta prevista en el derecho federal. En todo caso, es importante retenerlo, dos estructuras administrativas aplican paralelamente idénticas (o similares) normas *pertenecientes a dos ordenamientos separados*, el estatal y el federal. Ello no implica, sin embargo, que derechos positivos idénticos vayan a producir realidades jurídicas idénticas. Las distintas instancias de ejecución tienen autonomía, y pueden asignar diferentes prioridades y recursos a la aplicación de su propio derecho.

<sup>1</sup> *P. ej.*, *New York Penal Law*, § 220.06, “a person is guilty of criminal possession of a controlled substance in the fifth degree when he knowingly and unlawfully possesses...;” *Alabama Code* § 13A-12-212(a) “A person commits the crime of unlawful possession of controlled substance if: (1) Except as otherwise authorized, he possesses a controlled substance...”

Sec. 841(a) USC 21 “Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally—(1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or (2) to create, distribute, or dispense, or possess with intent to distribute or dispense, a counterfeit substance.”

<sup>2</sup> Sec. 903 USC 21 - *Application of State law* “No provision of this subchapter shall be construed as indicating an intent on the part of the Congress to occupy the field in which that provision operates, including criminal penalties, to the exclusion of any State law on the same subject matter which would otherwise be within the authority of the State, unless there is a positive conflict between that provision of this subchapter and that State law so that the two cannot consistently stand together.”



La ejecución paralela de normas de conducta idénticas o similares es habitual no sólo en materia penal sino también en otros muchos ámbitos. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de destacar, no lo es en materia de extranjería. El legislador ha regulado exhaustivamente la materia, eviscerando con ello la mayor parte de las competencias normativas de los Estados que, ni pueden sancionar, por incorporación, conductas previstas en el derecho federal (p. ej., falta de inscripción en el registro federal de extranjeros), ni pueden complementar los tipos sancionadores federales (p. ej., castigando no sólo al empleador de inmigrantes irregulares, como el derecho federal, sino también al solicitante de empleo). Una importante excepción la constituye la sanción del empleo de inmigrantes irregulares. La legislación federal, como vimos, expresamente ha salvado de su efecto preentivo la competencia de los Estados para castigar, de forma autónoma, con determinado tipo de sanciones (relativas a la limitación administrativa de derechos) al empresario que emplea inmigrantes irregulares. En este caso, los Estados regularán y aplicarán autónomamente su derecho, en paralelo a la aplicación, por la administración federal, de la sec. 1324c USC 8 que castiga la misma conducta con sanciones penales.

ii) Quintaesencia de las estructuras normativas propias del federalismo cooperativo, y que parten también de una preención limitada de los poderes regulatorios de los Estados, son aquellas, obra del legislador o de la administración federal, que se limitan a fijar estándares nacionales, garantizando en cambio la competencia de los Estados para su *implementación* y su ejecución material. El estándar federal establece un mínimo común que los Estados pueden autónomamente superar con exigencias más estrictas, conservando así cierto margen de discrecionalidad y responsabilidad para la creación de la regulación primaria y para su aplicación, lo que permite a cada Estado adaptar el programa normativo federal a las necesidades locales.

Normalmente, este tipo de regulaciones multinivel implican una integración de las estructuras regulatorias y burocráticas estatales y federales. La regulación federal suele confiar los poderes de implementación a una agencia estatal especializada, que actuará en colaboración con la agencia federal competente en la materia. Es más, es habitual que la norma federal exija al gobierno estatal delegar la responsabilidad de la administración del programa a una *única* agencia especializada en él y atribuya a la agencia federal la función de supervisar y certificar que los estándares establecidos por el regulador estatal cumplen las exigencias mínimas previstas en el derecho nacional, así como que son efectivamente aplicados. Tal y como ha destacado la doctrina, los vínculos y las sinergias que se generan entre las infraestructuras burocráticas, su común especialización y cultura tecnocrática, puede desplazar *de facto* su afiliación a la instancia de gobierno

de la que dependen,<sup>3</sup> pudiendo llegar incluso a desviarse de su dirección política para perseguir objetivos propios mediante la cooperación con los expertos de los distintos niveles de poder.<sup>4</sup>

Múltiples ejemplos pueden hoy encontrarse de esta forma de articulación de las relaciones estatales y federales, especialmente en materia medioambiental.<sup>5</sup> En todo caso, conviene recordar e insistir una vez más, aún a riesgo de reiterarnos, que tanto los supuestos de implementación por los Estados de los objetivos federales, como los de concurrencia normativa, encuentran su premisa en un ejercicio limitado del poder preentivo por parte del legislador federal, que puede en cualquier momento asumir, en exclusiva, la responsabilidad sobre la regulación y las actividades de ejecución en la materia de que se trate.

iii) Ahora bien, es necesario preguntarnos qué ocurre con las competencias de ejecución de los Estados precisamente en los supuestos en que no existe regulación primaria a nivel subfederal, bien porque el legislador federal ha ejercido su poder preentivo, extinguiendo todo poder del Estado para legislar en la materia, bien porque el legislador estatal no ha intervenido, aun pudiendo hacerlo de manera concurrente. Es en ese momento en el que cobra verdadera trascendencia

<sup>3</sup> Se ha hablado en este sentido de *picket-fence federalism* que recurre a la imagen de una valla de madera para describir “la manera en que las conexiones verticales dentro de los cada programa [desarrollo urbano, salud, educación etc] se superpone a las conexiones horizontales [a nivel federal, estatal y local] entre los distintos programas,” Kramer, “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federal-ism,” pp. 283-84n269.

<sup>4</sup> *P. ej.*, Hills, “The Eleventh Amendment as Curb on Bureaucratic Power,” p. 1227 “los expertos de las agencias federales y estatales dentro de una misma especialidad –los postes de la valla– a menudo tienen más en común entre ellos que lo que les une al nivel de gobierno del que son empleados”

<sup>5</sup> Un ejemplo especialmente claro lo encontramos en la legislación federal sobre control de la calidad del agua para el consumo humano, cuyo origen se encuentra en la *Safe Drinking Water Act* de 1974, modificada posteriormente en varias ocasiones. Primero, el legislador impone al “administrador” federal, actualmente la EPA (*Environmental Protection Agency*) establecer como objetivo “un nivel máximo de contaminación” y aprobar una regulación nacional para aquellos contaminantes del agua potable que supongan un peligro para la salud de las personas (§ 300g–1(b)(1)(A) USC 42). El punto de partida es, pues, un efecto preentivo limitado de la legislación federal, que expresamente declara que en medida alguna la ley “limita el poder del Estado... para adoptar o ejecutar una ley o regulación de las aguas destinadas al consumo humano o de los sistemas públicos de aguas” siempre y cuando “no exima del cumplimiento de ninguna de las exigencias previstas” en ella (§ 300g–3(e) USC 42).

No obstante, sólo se atribuye a los Estados la responsabilidad principal de la ejecución cuando que el administrador federal compruebe, caso por caso, que el Estado ha adoptado una normativa de las aguas potables que no es menos rigurosa que la establecida a nivel nacional (que, recuérdese, compete aprobar al propio administrador); que ha regulado e implementado los procedimientos adecuados para la ejecución de esa normativa estatal, incluyendo las medidas de supervisión, inspección y control que en su caso hubiera impuesto el administrador federal; y que ha previsto sanciones administrativas adecuadas, en una cuantía mínima (§ 300g–2(a)(1)(2) y (6) USC 42). Si el Estado no adoptara o no aplicara eficazmente un estándar respetuoso con la normativa nacional, el “administrador.” es decir la agencia federal, asumiría completamente la responsabilidad de la regulación del agua potable en el Estado.

práctica la distinción que debe observarse entre competencias normativas y competencias de ejecución. Normalmente, ambas van de la mano: el nivel de gobierno que crea la ley, la ejecuta. Sin embargo, esa correlación se rompe si se permite, como en el modelo estadounidense, la *delegación vertical de las competencias de ejecución*, es decir si es posible autorizar a las administraciones estatales a ejecutar el derecho federal en ámbitos en que el legislador o el regulador subfederal no ha actuado de manera concurrente con los poderes normativos federales, porque no quiere o porque no puede.<sup>6</sup> El fenómeno relativamente reciente,<sup>7</sup> aunque hoy ampliamente extendido.

En efecto, muchas normas federales atribuyen competencias para su ejecución tanto a la administración federal como a los Estados. Habitualmente la delegación apodera al *attorney general* estatal a perseguir judicialmente (ante los tribunales federales) las infracciones del derecho nacional. Se trata de una institución muy diferente a la agencia especializada del Estado a la que se confiere, en colaboración con su homóloga federal, la implementación de los programas federales. En efecto, aunque el *attorney general* puede tener vínculos con determinadas agencias federales, esas conexiones quedan muy lejos de la extensa interdependencia que se crea entre las agencias de uno y otro nivel de gobierno cuando implementan conjuntamente un programa federal. En contraste con la especialización absoluta dependencia funcional y orgánica que caracteriza a estas agencias estatales, el *attorney general* es una institución generalista, que debe definir su posición sobre cuestiones políticas muy variadas, y es un puesto electivo que no

<sup>6</sup> El ejercicio por los Estados del poder para ejecutar el derecho federal puede tener lugar, por tanto, incluso en ámbitos cuya regulación monopoliza el legislador federal, y en el que los Estados no pueden crear Derecho. *P. ej.*, la legislación federal “desplaza cualquier regulación estatal sobre el uso del correo electrónico para enviar mensajes comerciales” (§ 7707 USC 15), al tiempo que reconoce la facultad de ejercitar una acción civil ante los tribunales federales “al *attorney general* del Estado o a cualquier autoridad u órgano estatal,” que considere que se han infringido las prohibiciones sobre uso comercial del correo electrónico previstas en la propia ley (§ 7706(f)(1) USC 15); en otro ejemplo, la legislación federal extiende su efecto preventivo determinadas regulaciones estatales relativas a productos o servicios agrícolas (§ 16(e) USC 7), al tiempo que reconoce a las autoridades estatales la facultad para perseguir judicialmente cualquier infracción de la legislación federal (§ 13a–2 USC 7).

<sup>7</sup> La década de 1980, el gobierno federal abandonó en buena medida la idea, hasta entonces prevalente, de que el gobierno federal y los gobiernos estatales eran aliados, viéndolos en cambio como entes soberanos rivales. En la mayor parte de los ámbitos de interés público, se sostuvo, únicamente los Estados tienen la autoridad, los medios, y la capacidad para identificar los sentimientos de los ciudadanos y administrar conforme a ellos. En consecuencia, se intensificó el progresivo repliegue de las agencias federales y la devolución de competencias de ejecución a los Estados. No obstante, no debe perderse de vista que esa nueva concepción estuvo al servicio de una agenda política conservadora que llevó a los poderes federales, al tiempo que operaban esa devolución de competencias, a usar agresivamente su poder preventivo para poner coto a los Estados cuando sus intervenciones podían hacer peligrar su proyecto desregulador de la economía, y a dar una vuelta de tuerca a los resortes coercitivos del modelo federal para alinear coactivamente a los Estados con las políticas nacionales. Robertson, *Federalism and the making of America*, pp. 149-50. Sobre los elementos coercitivos aparecidos en el federalismo cooperativo, ver Cap. ...

sólo puede verse en la tesitura de tener que discrepar con la ortodoxia federal para responder al sentimiento de sus electores, sino cuyo alineamiento político no tiene por qué coincidir con el que domina en el legislativo o en el ejecutivo estatal.<sup>8</sup>

La traslación de poderes a los Estados para su participación en la ejecución del derecho federal de extranjería, no responde exactamente a ninguno de los fenómenos de devolución de competencias de ejecución que acabamos de exponer y comparte, algunos rasgos con ellos. Así, se produce en un ámbito donde la densa normativa federal ha proyectado un efecto preentivo devastador sobre las capacidades normativas estatales permitiendo a los Estados participar en la ejecución de un derecho ajeno en un ámbito donde no pueden crear derecho propio. Las facultades que se delegan nunca van a implicar una capacidad para la ejecución completa del ordenamiento sancionador federal, como sí puede hacer el *Attorney General* estatal o la agencia especializada en los supuestos de delegación e implementación. La identificación del extranjero en situación irregular, su detención y, en determinados supuestos, la iniciación del procedimiento administrativo de expulsión son las actuaciones que la delegación va a permitir realizar a las agencias estatales y locales en ejecución del derecho federal. Ahora bien, el impulso del procedimiento administrativo hasta su terminación, la ejecución de la expulsión o el ejercicio, en su caso, de la acción penal, cuando se trate de un delito de extranjería, corresponde en exclusiva a las autoridades federales. Por otra parte, en esta traslación de (limitadas) capacidades de ejecución en materia de inmigración, se van a entablar relaciones de correspondencia entre las estructuras administrativas implicadas, más acusadas en los supuestos de delegación dotados de una mayor formalización, en las que las burocracias estatales van a actuar bajo la dirección y la supervisión de la administración federal.

## 2. Cláusula de comercio y competencias reservadas a los Estados (*police powers*): el control de la inmigración como competencia concurrente antes de la guerra civil

Hemos reiterado ya que desde una perspectiva estrictamente jurídica, el federalismo cooperativo sólo fue posible tras la profunda revisión constitucional que tuvo lugar durante los años de la Gran Depresión, y cuyos hitos ya nos son conocidos. Algunos politólogos, sin embargo, han destacado la existencia de relaciones de cooperación e integración administrativa, entre los Estados y la Federación,

<sup>8</sup> Lemos, "State Enforcement of Federal Law," pp. 742-43.

en tiempos anteriores al New Deal.<sup>9</sup> Incluso, añadimos nosotros, podemos encontrar ejemplos de ello en una materia, la regulación de la inmigración, que fue paradigma del dogma de la exclusividad competencial en la jurisprudencia dualista del Tribunal Supremo de finales del siglo XIX. Hasta ese momento, como sabemos, el poder normativo para controlar la inmigración había sido ejercido por los Estados, que crearon consecuentemente aparatos administrativos para ejecutar su propia regulación. Antes de la guerra civil, el silencio del legislador federal se vio sólo perturbado por incursiones esporádicas, de una parte para establecer los requisitos y el procedimiento para la naturalización de extranjeros y, de otra, para regular las condiciones de los pasajeros transportados por barco desde los puertos europeos y su control estadístico. Ambos, sin embargo, son tempranísimos ejemplos de delegación de competencias de ejecución.

Como hemos visto más arriba, en efecto, hasta la primera mitad del siglo XX la ejecución materia del régimen federal de naturalización de extranjeros se puso en manos de la administración y de los aparatos judiciales estatales. La primera norma, no relacionada con la naturalización, que tuvo por objeto regular directamente algún aspecto de la inmigración europea fue una ley de 1819<sup>10</sup> que, de una parte, regulaba las condiciones de seguridad, espacio y salubridad de los barcos que transportaban, desde los puertos europeos, a los inmigrantes<sup>11</sup> y, de otra, requería, por primera vez que se recopilara y procesara, con fines estadísticos, información sobre los inmigrantes que desembarcaban en los puertos. Pues bien, algunos autores han señalado que fueron los aparatos administrativos estatales

<sup>9</sup> El prestigioso estudioso del federalismo, Daniel J. Elazar intentó demostrar la excesiva relevancia que se había dado a la estructura dual para explicar el federalismo anterior al New Deal, sosteniendo que, aunque la idea sólo aparece explicitada a partir de 1913, hay ejemplos de relaciones administrativas de cooperación e interdependencia a lo largo de todo el siglo XIX. Elazar, *The American Partnership*, pp. 312-17.

<sup>10</sup> *Steerage Act (An act regulating passenger ships and vessels)* de 2 de marzo de 1819, 3 Stat. 488.

<sup>11</sup> La ley, en esencia, limitaba el número de pasajeros en relación con el arqueado del buque, por lo que la preocupación del legislador por la salud y la seguridad de los inmigrantes no explicaba completamente el propósito de la regulación, que tradicionalmente se había empleado en el Reino Unido para restringir la inmigración al limitar la capacidad de los barcos y elevar el coste del viaje transatlántico, Zolberg, *A Nation by Design*, p. 145-50; más escéptico acerca de considerar esta normativa como regulación de la inmigración, Hutchinson, *Legislative History of American Immigration Policy*, p. 46. Desde finales de la década de 1840 se sucedieron varias normas que, en la misma línea, regulaban el número de pasajeros y el espacio del que debían disponer, añadiendo condiciones relativas a la ventilación, el agua y la comida. No obstante, la sanción de su incumplimiento se dejaba en manos de los particulares perjudicados, que eran quienes tenían que ejercitar la acción judicial correspondiente, lo que mermó la efectividad de la regulación, Grubb, *German Immigration and Servitude in America, 1709-1920*, p. 42.

los que llevaron a cabo esta última función,<sup>12</sup> aunque hay razones para ser escépticos.<sup>13</sup>

No obstante, un último ejemplo no deja lugar a dudas de una temprana interdependencia de la administración federal y estatal. El legislador nacional empezó a salir de su letargo regulador, como sabemos, tras la guerra civil, aunque el impulso definitivo no vendría sino de la mano del Tribunal Supremo, que en 1876 confirmó la exclusividad federal en materia de inmigración como parte de su competencia para regular el comercio interestatal. En 1882, emulando los esfuerzos reguladores hechos a nivel estatal durante buena parte del siglo, se aprobaba la primera ley nacional de inmigración de aplicación general<sup>14</sup> pero, ante la ausencia de una estructura nacional capaz de ejecutar las medidas restrictivas de la inmigración, especialmente orientada a hacer frente a la indeseada llegada de inmigrantes europeos del este y sur de Europa, encontró en las administraciones estatales existentes un apoyo esencial.

En efecto, la ley establecía una estructura cooperativa estatal-federal para su ejecución. De una parte, atribuía al *Secretary of the Treasury* la competencia exclusiva para la ejecución de la ley, pero de otra le reconocía la facultad, que ejerció con profusión, de autorizar a los Estados a que administraran la normativa mediante una suerte de técnica concesional. Serán, pues, órganos y empleados estatales designados por el Gobernador los que establecerían las normas complementarias que fuesen precisas para ejecutar la ley y los que materialmente inspeccionarían las condiciones de los pasajeros que pretendieran desembarcar. La ley contemplaba igualmente medidas fiscales específicamente destinadas a aliviar los presupuestos estatales, autorizando la recaudación de un gravamen por pasajero, ordenando la redistribución de los fondos obtenidos entre los Estados en proporción a la presión migratoria, e imponiendo que se destinaran a prestar asistencia a los inmigrantes. Serían, finalmente, las autoridades estatales las en-

<sup>12</sup> Law, "Lunatics, Idiots, Paupers, and Negro Seamen," p. 119; otros autores, más prudentemente admiten que la ley se aplicaría en un primer momento por las autoridades nacionales, aunque insinúa la creación en algunos Estados (en especial, en 1847 el *Board of Commissioners of Emigration* en Nueva York y en 1851 el *Board of Commissioners of Alien Passengers and State Paupers* en Massachusetts) de una estructura burocrática estable a partir de los años 40 habría supuesto una transferencia de las funciones para la aplicación de la legislación federal de pasajeros, Cohn, *Mass Migration Under Sail*, p. 351.

<sup>13</sup> *Primero*, la propia ley encarga expresamente la recogida de la información al *collector of the customs*, importante cargo de designación federal, que debía transmitirla a su vez al *Secretary of State*. *Passenger Act* de 1819, secs. 4 y 5. *Segundo*, es muy posible que los autores que, de forma un tanto irreflexiva, afirman que fueron las autoridades estatales las que ejecutaron las leyes nacionales sobre las condiciones del pasaje, confundan la aplicación de la legislación federal con la aplicación de la propia y abundante normativa estatal sobre cuarentenas, gravámenes sobre embarcaciones que transportaban inmigrantes y, propiamente, condiciones del pasaje.

<sup>14</sup> *Immigration Act* de 3 de agosto de 1882, 22 Stat. 214.

cargadas de denegar la admisión a los “inmigrantes identificados como dementes, idiotas, convictos o personas incapaces de mantenerse por sí mismas,” primera vez que una ley federal determinaba la exclusión de determinadas categorías de extranjeros.<sup>15</sup> En 1891, ya lo sabemos, el legislador federal centralizó la ejecución del ordenamiento de extranjería en una maquinaria administrativa especializada, entonces aún embrionaria. Desde entonces, y hasta tiempos recientes, solo de manera puntual, informal y limitada se incorporó a las autoridades estatales y locales a la aplicación de la regulación federal.<sup>16</sup>

Un extranjero impugna una ley federal que prohíbe el retorno de los trabajadores de nacionalidad china que hubieran abandonado previamente el país,<sup>17</sup> esgrimiendo, entre otros argumentos, que la Constitución no delega poder alguno en el Congreso para expulsar a los extranjeros residentes, y que no podía ampararse tal poder en ninguno de los que se enumeran en ella (ni en la cláusula de comercio exterior, ni en el poder para celebrar tratados internacionales, ni en los poderes para caso de conflicto armado).<sup>18</sup> En *Chae Chan Ping*<sup>19</sup> el Tribunal Supremo rechaza el argumento, y falla a favor de la constitucionalidad de la norma, pero en lugar de hacerlo tomando como fundamento la cláusula de comercio o cualquier otro poder enumerado lo hace con el siguiente razonamiento: “Que el gobierno de los Estados Unidos puede, mediante la acción del legislador, excluir a los extranjeros de su territorio es algo que no creemos objeto de discusión. La jurisdicción sobre su propio territorio a tal fin, constituye un incidente propio de toda nación independiente. Es parte de su independencia. Si no pudiera excluir a los extranjeros estaría sometido, en ese sentido, al control de otro poder ... Estados Unidos, en su relación con otros países extranjeros y sus súbditos o ciudadanos es una sola nación, *investida de los poderes que pertenecen a las naciones independientes*, cuyo ejercicio puede ser invocado con el objetivo de mantener su absoluta independencia y seguridad en todo su territorio. El deber más importante de toda nación es preservar su independencia, y proporcionar seguridad frente a la agresión y la injerencia extranjera, y al cumplimiento de tales fines debe subordinarse casi cualesquiera otras consideraciones. No importa de qué

<sup>15</sup> Salyer, *Laws Harsh as Tigers*, p. 6; Hirota, “The Moment of Transition,” p. 1099 y Tichenor, *Dividing lines*, p. 69.

<sup>16</sup> *P. ej.*, la implicación de las autoridades locales de Los Ángeles, California, durante la Gran Depresión, en la expulsión de trabajadores mexicanos irregulares, Hoffman, *Unwanted Mexican Americans in the Great Depression*, pp. 41-48, 83-115.

<sup>17</sup> Para más detalles sobre este asunto y su contexto histórico, véase Cap. 2.

<sup>18</sup> Véase *Briefs for Appellant* redactados por los abogados Houndly y Carter, *Chae Chan Ping* (1889) (No. 1446), p. 67 y *Brief for Appellant* redactado por el abogado James C. Carter, *Chae Chan Ping* (1889) (No. 1446), p. 4 (declarando que “si bien el poder para regular el comercio internacional puede autorizar legislación federal para impedir la entrada de súbditos extranjeros, nadie ... puede defender que se atribuya al Congreso poder alguno para ordenar ... su deportación del país).

<sup>19</sup> *Chae Chan Ping v. United States* (The Chinese Exclusion Case), 130 U.S. 581 (1889).

forma se produzca la agresión o la injerencia, si procedente de una nación extranjera que actúa calidad de tal o de vastas hordas de sus gentes que se hacinan sobre nosotros.”<sup>20</sup>

Ahora bien, se deja sin responder una cuestión capital ¿cuál es la fuente de esos poderes soberanos? En un momento determinado el Tribunal Supremo estima que han sido “delegados por la Constitución”.<sup>21</sup> Ello implicaría que, al menos en este momento inicial de la formulación de la teoría, el hallazgo de los poderes soberanos tiene su origen en la interpretación de la Constitución misma.

En *Nishimura Ekiu v. United States*<sup>22</sup> el Tribunal Supremo confirmaría con rotundidad la doctrina del poder inherente a la soberanía en materia de inmigración: “Es una máxima aceptada por el derecho internacional que toda nación soberana tiene el poder, inherente a la soberanía y esencial para su preservación, de prohibir la entrada de los extranjeros en sus dominios, o de admitirlos sólo en aquellos casos y bajo aquellas condiciones que considere adecuado prescribir ... En los Estados Unidos este poder se atribuye al gobierno nacional, a quien la Constitución ha encomendado el completo control de las relaciones internacionales ...”<sup>23</sup>

Entre 1886 y 1910 el Tribunal Supremo confirmaría la doctrina de los poderes inherentes para justificar el poder federal sobre las reservas indias,<sup>24</sup> sobre los Territorios de los Estados Unidos,<sup>25</sup> para regular (al menos en parte) la conducta de los nacionales en el exterior,<sup>26</sup> así como para ampliar el poder extra-constitucional para regular la inmigración a la expulsión de los extranjeros que ya se encontraran dentro del territorio nacional. Así, en *Fong Yue Ting v. United States*<sup>27</sup> el Tribunal cierra el círculo y, tras reiterar afirmaciones acerca del poder soberano

<sup>20</sup> *Id.* pp. 603-4.

<sup>21</sup> *Id.* pp. 609.

<sup>22</sup> *Nishimura Ekiu v. United States*, 142 U.S. 651 (1892).

<sup>23</sup> *Id.* p 659

<sup>24</sup> Véase *United States v. Kagama*, 118 U.S. 375, 380 (1886), (reconociendo el poder del Congreso para adoptar la *Indian Major Crimes Act* en virtud de la “soberanía exclusiva” del gobierno nacional).

<sup>25</sup> Se trata de la autoridad del Congreso para adquirir y gobernar territorios situados más allá de las fronteras de los Estados originarios. Véanse *The Late Corp. of the Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. United States*, 136 U.S. 1, 42 (1890) (señalando que “el poder del Congreso sobre los Territorios de los Estados unidos es general y pleno ... Estos poderes son incidentes de la soberanía nacional, y pertenecen a todos los Estados independientes. El poder para llevar a acabo adquisiciones de un territorio por conquista, por Tratado o por cesión es un incidente de la soberanía nacional”) y *Jones v. United States*, 137 U.S. 202, 212 (1890) (el poder de los Estados para legislar sobre los territorios deriva del “derecho de gentes, reconocido por todos las naciones civilizadas”).

<sup>26</sup> Véase *United States v. Bowman*, 260 U.S. 94, 97 (1922) (“los Estados Unidos, como ente soberano, puede regular aquellos barcos que se encuentren bajo su bandera así como la conducta de sus ciudadanos en tanto se encuentren en ellos”).

<sup>27</sup> *Fong Yue Ting v. United States*, 149 U.S. 698 (1893).



sobre la inmigración efectuadas en *Chae Chan Ping* y en *Nishimura Ekiu*, concluye que el poder para expulsar “se basa en los mismos fundamentos”<sup>28</sup> que el poder para excluir, “no son sino partes de un mismo poder”<sup>29</sup> y, tras largas citas de los tratados de Derecho internacional más reconocidos de la época, proclama, con retórica ya familiar, que: “El derecho a excluir o expulsar a todos los extranjeros, o a cualquier extranjero de una clase determinada, en términos absolutos o bajo ciertas condiciones, en tiempo de guerra o de paz es un derecho inherente e inalienable de toda nación independiente y soberana, esencial para su seguridad, su independencia y su bienestar.”<sup>30</sup>

En su voto particular discrepante, el juez Brewer anunciaba ya las dudas que planteaba la doctrina formulada por el Tribunal Supremo, y presagiaba algunas de sus más temidas consecuencias. Si el poder para deportar reside en la soberanía nacional y no en el poder del legislador para definir conductas delictivas y sus correspondientes castigos (como lo es, por ejemplo, el destierro –*banishment*–), ello sitúa ese poder para expulsar a los extranjeros más allá de la Constitución.

Se dice que el poder que aquí se afirma poseer es inherente a la soberanía. Esa doctrina de los poderes inherentes a la soberanía es al mismo tiempo indefinida y peligrosa. ¿Dónde se hallan los límites de tales poderes, y quién debe definirlos? ¿Se encuentra dentro de las capacidades del legislador el declarar tales límites? Si es así, entonces la mera afirmación de un poder inherente crea ese poder, y nace el despotismo. ¿Serán entonces los tribunales quienes establezcan los límites? ¿Dónde encuentran la autoridad para ello? ¿Deben buscar inspiración en las prácticas de otras naciones para definirlos?<sup>31</sup>

Y continúa advirtiendo “Los gobiernos de otras naciones poseen poderes elásticos. Los nuestros están fijados y delimitados en una Constitución escrita. La expulsión de toda una raza puede encontrarse entre los poderes inherentes al despotismo y la historia, antes de la adopción de nuestra Constitución no se halla desprovista de ejemplos del ejercicio de un poder de tal naturaleza. Sin embargo, nuestros constituyentes, familiarizados con la historia y sabiamente, así me lo parece, no reconocieron al gobierno un poder general para expulsar del territorio.”<sup>32</sup> De manera más matizada, el voto particular del propio Presidente del Tribunal, Melville Fuller, cuestiona la afirmación que, en la sentencia, equipara el poder para excluir y para deportar como representantes de un mismo poder ilimitado. “Mientras que el gobierno se encuentra investido, con respecto a otras naciones extranjeras y a sus súbditos o ciudadanos,” escribe, “con los poderes necesarios

<sup>28</sup> *Id.*, p. 707.

<sup>29</sup> *Id.*, p. 713.

<sup>30</sup> *Id.*, p. 711 (énfasis añadido).

<sup>31</sup> *Id.*, p. 737

<sup>32</sup> *Id.*

para conservar su absoluta independencia y su seguridad a lo largo de todo su territorio, no puede, ni en virtud de un poder delegado, o implícito en aquellos que lo han sido, o de un supuesto poder inherente a la soberanía, tratar con arbitrariedad a quienes se encuentran legalmente en sus dominios.” El poder para excluir aún definido en términos amplios, como parece hacerlo Fuller, no implica el poder para expulsar a los extranjeros que se encuentran en territorio nacional.

Nada más añadió el Tribunal Supremo acerca del novedoso hallazgo de poderes extraños a la Constitución, pero pertenecientes al gobierno federal en tanto que inherentes a la soberanía y a la condición de los Estados Unidos como de nación.

Casi medio siglo después, el Tribunal Supremo generalizó y expandió el principio, que había esbozado con el cambio de siglo, de que la soberanía es una fuente de poder federal. En 1934, el Presidente Franklin Roosevelt impuso a Bolivia y Paraguay, enfrentados en la llamada Guerra del Chaco, un embargo a la importación de armas. Lo hizo actuando en virtud de una habilitación expresa del Congreso, que autorizaba al Presidente a intervenir en el conflicto, imponiendo una medida de bloqueo, si consideraba que ello podía favorecer una solución pacífica entre las partes beligerantes. Cuando la administración procedió a sancionar a la empresa Curtiss-Wright Export Co. por haber infringido el embargo, esta alegó en su defensa la inconstitucionalidad del mismo, por un exceso en la delegación de poderes al ejecutivo. Poco tiempo antes, el Tribunal Supremo había invalidado varias disposiciones de la *National Industrial Recovery Act*, pieza esencial del New Deal, porque (entre otras razones) implicaban una delegación inconstitucional de poderes al Presidente por parte del legislador.<sup>33</sup> El Tribunal no obstante, encontraría una diferencia de principio: éstos eran casos en que la delegación afectaba a poderes sobre asuntos “domésticos”, mientras que ahora la naturaleza del poder delegado era muy distinta: se trataba de materias relativas a la política exterior.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> *Panama Ref. Co. v. Ryan*, 293 U.S. 388 (1935) (declara inválida la autorización al Presidente para prohibir el transporte de aquella parte de la producción de petróleo que excediera de las cuotas impuestas a los Estados, destacando la falta de estándares, fijados en la ley, que limitaran la discrecionalidad del ejecutivo) y *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495, 529-30 (1935) (declara inconstitucional la autorización al Presidente para aprobar “códigos de competencia leal”, señalando que el “Congreso no está habilitado para abdicar o entregar a otros poderes la esencial función legislativa con que está investido”).

<sup>34</sup> No obstante, téngase en cuenta que en más de setenta años desde *Panama Oil* y *Schechter*, no se ha vuelto a declarar la invalidez de una delegación conferida por el legislador, ni siquiera tratándose de poderes “domésticos”, exigiendo tan sólo que el Congreso proporcione criterios inteligibles (“*intelligible principles*”) que guíen el ejercicio por la agencia del poder discrecional que se le ha delegado. Véase, e.g. *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.* 531 U.S. 457 (2001).

Así las cosas, en el asunto *United States v. Curtiss-Wright Exp. Corp.*<sup>35</sup> el Tribunal Supremo declaró válido el embargo, señalando que el Presidente ya disponía de amplios poderes en el terreno de los asuntos de exterior, razón por la cual el legislador podía reconocer al ejecutivo un mayor grado de discrecionalidad que en el caso de delegaciones sobre cuestiones domésticas. Sin embargo, en ninguna parte de la Constitución se garantiza al Presidente un amplio poder para conducir la política exterior, y aquellos poderes que expresamente se le reconocen no incluyen el de ordenar embargos. Para superar esa dificultad, el Tribunal invocó en la Sentencia la existencia de poderes extra-constitucionales en asuntos de exterior y elaboró una completa justificación histórica de su existencia.

La argumentación del Tribunal fue la siguiente: antes de la independencia, el poder soberano sobre las Colonias lo ostentaba Gran Bretaña; con la emancipación de la metrópoli, la soberanía, según el Tribunal, quedó dividida: “la soberanía interna” (*internal sovereignty*), el control sobre los asuntos domésticos, se transfirió a cada uno de los Estados, mientras que la “soberanía externa” (*external sovereignty*), el poder sobre las relaciones exteriores, pasó a la entidad unificada de los Estados Unidos (a la Unión informal inicial; al gobierno regulado por los Artículos de la Confederación, entre 1781 y 1789; y, finalmente al regulado en la Constitución de 1789). Ambos documentos constitucionales, por ello, se limitaron a atribuir a la Unión algunos de los poderes propios de la “soberanía interna” que hasta entonces habían pertenecido a los Estados, pero ninguno depositó en la Unión los poderes propios de la “soberanía externa”, pues estos ya pertenecían a la colectividad desde la independencia. La Constitución no declara o enumera tales poderes, los asume como existentes. Así es el relato del Tribunal: “Como consecuencia de la emancipación de Gran Bretaña por parte de las colonias actuando como una unidad, los poderes propios de la soberanía externa pasaron de la Corona no a las colonias solidariamente, sino a las colonias en su capacidad colectiva y corporativa como los Estados Unidos de América. Incluso antes de la Declaración [de Independencia], las colonias eran una en asuntos de exterior, actuando a través de un agente común –el Congreso Continental, compuesto por delegados de las trece colonias ... La soberanía no puede quedar nunca en suspenso. Por ello, cuando la soberanía externa de Gran Bretaña cesó con respecto a las colonias, quedó transferida sin solución de continuidad a la Unión”.<sup>36</sup>

La premisa dogmática sobre la que se construye esta interpretación es clara: los poderes externos y los poderes internos del gobierno federal “son diferentes, tanto en su origen como en su naturaleza”. Internamente, el poder federal es titular de poderes enumerados, que el diseño constitucional “decantó de entre la masa general de poderes normativos de que disponían entonces los Estados, por

<sup>35</sup> *United States v. Curtiss-Wright Exp. Corp.*, 299 U.S. 304 (1936).

<sup>36</sup> *Id.*, pp. 316-17.

considerar que debían corresponder al gobierno federal, permaneciendo no obstante en los Estados aquellos no incluidos en la enumeración.” Sin embargo, esta estructura constitucional que articula la delegación de poderes en el gobierno federal “sólo el aplicable a aquellos poderes de los que eran titulares los Estados” y “en la medida en que los Estados nunca dispusieron de poderes en la esfera internacional, los mismos no pudieron obtenerse del conjunto de poderes de que eran titulares los Estados, sino que obviamente se transfirieron a los Estados Unidos desde otra fuente.”<sup>37</sup>

Ello implica que cuando la Décima Enmienda proclama que el gobierno nacional sólo dispone de aquellos poderes que los Estados le han atribuido, cuenta con una importante excepción: no se aplica a los poderes en materia de relaciones exteriores. Los poderes en asuntos de exterior existían con anterioridad y con independencia de la Constitución, y el gobierno federal ya disponía de los mismos como atributos naturales de su condición de nación: “Investir al gobierno federal con los poderes propios de la soberanía externa *no depende de una atribución expresa contenida en la Constitución*. Los poderes para declarar y conducir la guerra, para concluir la paz, para celebrar tratados, para mantener relaciones diplomáticas con otros entes soberanos, *si no se hubieran mencionado en la Constitución, hubieran quedado investidos en el gobierno federal como corolarios propios de su condición de nación*. Como miembro de la familia de naciones, el derecho y el poder de los Estados Unidos en ese ámbito es igual al derecho y al poder de los otros miembros de la familia internacional. Si fuera de otra forma, Estados Unidos no sería completamente soberano.”<sup>38</sup> Y concluye enumerando ciertos poderes inherentes en la soberanía que, no previstos expresamente en la Constitución, pertenecen al gobierno federal: “El poder para adquirir un territorio por conquista o descubrimiento ... *el poder para expulsar a los extranjeros no deseados* ..., el poder para concluir aquellos acuerdos internacionales que no pueden definirse como Tratados en el sentido constitucional ... , existen, no obstante ninguno ha sido expresamente afirmado en la Constitución, como intrínsecamente inseparables de la concepción de nación.”<sup>39</sup>

Queda confirmado pues lo que el Tribunal Supremo ya había apuntado en *Chae Chan Ping*: que el poder federal para regular la inmigración es un poder inherente en la soberanía. Sin embargo la teoría aparece ahora diferente, más comprometida con sus propias ambiciones, pues si los primeros casos hallaron esos poderes inherentes a la soberanía residenciados en el gobierno federal por acción de la Constitución, ahora el Tribunal Supremo consideraba tales poderes como propiamente extra-constitucionales.

<sup>37</sup> *Id.*, pp. 315-16.

<sup>38</sup> *Id.*, p. 318.

<sup>39</sup> *Id.*

La crítica que se ha hecho a *Curtiss-Wright* ha sido doble. En primer lugar, centrándose en el período inmediatamente posterior a la independencia, se ha tratado de demostrar que los Estados en verdad ejercieron en ese tiempo poderes en materia de política exterior, un ámbito, pues, de competencia compartida entre aquellos y el gobierno nacional. Ello pudo ser así, se sostiene, porque las colonias, al tiempo de su independencia, se convirtieron en Estados soberanos que formaron una Unión mediante la cesión de parte de su soberanía (completa hasta entonces).<sup>40</sup> Si los Estados crearon la Unión estando dotados de una soberanía completa, el gobierno nacional no pudo adquirir los poderes en materia de política exterior directamente de Gran Bretaña. Sin embargo, este motivo de censura ha mostrado una enorme debilidad ya que se han podido aportar evidencias que, cuando menos, no permiten resolver por completo la cuestión de si fue la Unión, o fueron los Estados quienes primero adquirieron la condición de entidades soberanas.<sup>41</sup> El segundo motivo de crítica se ha basado en la ausencia de argumentos basados en la Constitución para defender la existencia de poderes adicionales residenciados en la soberanía. Es más, como ha señalado el profesor Henkin, incluso si se asumiera que cada uno de los Estados fue una entidad soberana hasta (o incluso durante) los años de la Confederación, la doctrina constitucional podría sobrevivir.

A pesar de la severa crítica que la doctrina ha desplegado en torno a los principios articulados por el Tribunal Supremo en *Curtiss-Wright*, la sentencia “ha sido citada con aprobación en asuntos posteriores y continúa siendo doctrina autorizada”<sup>42</sup> y si bien a día de hoy no se ha podido concretar aún el alcance de la misma, y no conocemos todos los poderes que pueden considerarse inherentes en la soberanía nacional, debemos destacar que, con toda seguridad, el poder para controlar la inmigración es uno de ellos.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Véase, en este sentido, e.g., Patterson, “In Re the United States v. the Curtiss-Wright Corporation,” pp. 445-52, Levitan, “The Foreign Relations Power,” pp. 478-90

<sup>41</sup> Para Louis Henkin, a pesar “de las evidencias existentes de que, tras la independencia, al menos algunas de las antiguas colonias, y al menos por algún tiempo y propósito, se consideraron soberanas, naciones independientes” ... “la perspectiva de Sutherland acerca del lugar en que residió la soberanía entre 1776 y 1789 tiene un sólido fundamento.” Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution*, 19. En el mismo sentido, para el profesor Ramsey “la historia es ambigua” y la cuestión de la precedencia de los Estados o de la Unión se vio entremezclada con la cuestión de si los Estados eran o no titulares de ‘derechos’ inherentes en cuanto entes soberanos, algo que con seguridad sucedería si hubieran precedido en su existencia a la Unión. Ramsey, “The Myth of Extraconstitutional Foreign Affairs Power,” 391-2.

<sup>42</sup> Henkin, *Foreign Affairs and the US Constitution*, 20, 331-332n16.

<sup>43</sup> Véanse, en este sentido, *Harisiades v. Shaughnessy*, 342 U.S. 580, 587-88 (1952) (“que los extranjeros permanezcan vulnerables frente a su expulsión incluso tras largo tiempo de residencia es una práctica de una gran severidad. Pero es un arma de defensa y represalia reafirmada por el Derecho internacional como un poder inherente a cualquier Estado soberano. Así es el poder que tradicionalmente ha ejercido la Nación sobre el extranjero y dejamos la doctrina sobre el asunto como la hemos encontrado.”); *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753,

### 3. El protagonismo estatal en la regulación y ejecución de la política migratoria

Como hemos anticipado, la opinión generalizada durante mucho tiempo fue la de que las autoridades estatales o locales no tenían poder para aplicar la disciplina administrativa federal de extranjería. Como también hemos adelantado, en *Gonzales*<sup>44</sup> el *9th Circuit*, tras confirmar que la ejecución estatal o local de la disciplina penal de la inmigración irregular no entra en conflicto con intereses federales. Y que ni la estructura ni la historia legislativa de la INA ponen de manifiesto una intención por parte del legislador federal de impedir la ejecución estatal o local de sus disposiciones penales, concluyó en cambio, *obiter dictum*, que sí que debe “inferirse una intención de excluir toda aplicación de las disposiciones de la legislación federal que regulan la admisión, duración autorizada de la estancia, residencia y expulsión” ya que “constituyen un marco regulador exhaustivo, coherente con el poder federal exclusivo en materia de inmigración.”<sup>45</sup>

Sin entrar en el cuestiones teóricas, pero poniendo de manifiesto la trascendencia práctica de la doctrina sentada en *Gonzales*, el *6th Circuit Court of Appeals* tuvo que resolver en el asunto *United States v. Urrieta*<sup>46</sup> acerca de la validez de la prolongación de la ‘retención’ de Urrieta, durante una intercepción de tráfico,<sup>47</sup> más allá del tiempo necesario para que un agente de policía local impusiera

765-66 (1972) (“como afirma la Administración ... el poder para excluir extranjeros es ‘inherente en la soberanía, necesario para mantener relaciones internacionales con normalidad y defender al país de invasiones y peligros ...’ Desde entonces, las veces en que el Tribunal ha reafirmado tal principio han sido legión.”).

Especialmente llamativa es la defensa que de la doctrina de los poderes inherentes a la soberanía ha hecho muy recientemente el Juez Scalia, en su voto particular (parcialmente discrepante) en *Arizona v. U.S.* 132 S.Ct. 2492, 2511, 2514 (2012). Plantada la cuestión de si Arizona tiene o no competencia para regular en materia de inmigración, Scalia, de una parte, “acepta como válido el ejercicio de un poder federal [para regular la inmigración] ... porque es un atributo de la soberanía” y es por ello que “no hay necesidad de enunciar el control sobre la inmigración como uno de los poderes enumerados del Congreso”. De otra, y he aquí el argumento novedoso, puesto que es un poder inherente en la soberanía lo es “no menos para los Estados Unidos que para los Estados” y como “soberano, Arizona tiene atribuido el poder inherente para excluir personas de su territorio, con sujeción únicamente a los límites expresados en la Constitución o impuestos constitucionalmente por el Congreso. Ese poder para excluir ha sido reconocido desde largo tiempo como inherente a la soberanía.”

<sup>44</sup> *Gonzales v. City of Peoria*, 722 F.2d 468 (9th Cir.1983).

<sup>45</sup> *Id.*, pp. 474-75.

<sup>46</sup> 520 F.3d 569 (6th Cir.2008).

<sup>47</sup> Cuando hablamos de ‘retención’ (*detention*) o ‘intercepción’ (*stop*) estamos refiriéndonos a una restricción de la libertad personal que no llega a constituir ‘detención,’ (*arrest*) en sentido técnico. El Tribunal Supremo confirmó en *Terry v. State of Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), que la policía tiene la facultad, aun en ausencia de justificación suficiente (‘causa probable’) para detener, de ‘interceptar’ a un particular, generalmente durante un breve período de tiempo, para investigar la posible comisión de una infracción. Este tipo de intrusiones más limitadas en la esfera de libertad personal están gobernadas también por la Cuarta Enmienda, como la

al interesado una sanción por la infracción cometida. En ese lapso el agente intentó determinar si Urrieta se encontraba ilegalmente en el país y el detenido

detención, pero de acuerdo con el precepto constitucional y su interpretación jurisprudencial, exigen para su validez un *quantum* menor de indicios acerca de la comisión de una infracción a los exigidos para la formación de la ‘causa probable.’ La jurisprudencia denomina a este estándar ‘sospecha razonable,’ que debe basarse en “razones objetivas y específicas de que la persona concreta que ha sido interceptada” ha cometido una infracción o la está cometiendo, *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981). Ahora bien, una restricción de la libertad individual en este contexto no puede considerarse válida si las actuaciones que se llevan a cabo “no están relacionadas razonablemente con las circunstancias que la justificaron en un primer momento” *Terry*, 392 U.S. p. 20, lo que se ha interpretado como una imposición de límites tanto en cuanto a su duración como en cuanto al alcance de las actividades indagatorias que pueden llevarse a cabo, *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001).

A pesar de que los tribunales han rechazado establecer límites temporales estrictos a la duración de una interceptación, en principio la restricción de la libertad “deberá ser temporal y no extenderse más de lo necesario *para hacer efectivo el propósito [originario] de la interceptación*,” *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983) y, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, debe preguntarse si la policía está actuando diligentemente, empleando los medios de investigación adecuados para resolver rápidamente, en un sentido o en otro, las cuestiones que han conducido a la interceptación, y si es imprescindible para las diligencias de investigación la presencia del sospechoso, *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983) y *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985).

De igual forma, aún dentro del margen temporal de la retención, las diligencias practicadas tienen, en principio, que estar razonablemente relacionadas con las circunstancias que motivaron inicialmente la interceptación, razón por la cual no podrán tener por objeto investigar un ilícito si no existe al menos ‘sospecha razonable’ de su comisión, *Hiibel v. Sixth Judicial District Court* 542 U.S. 177 (2004) (preguntar a un particular por su nombre podría, por tanto, exceder del alcance legítimo de la interceptación si no está relacionado con las circunstancias que la motivaron). No obstante, si durante el curso de la interacción del particular con la policía surge la ‘sospecha razonable’ de que la persona retenida ha cometido *un delito o infracción diferente* a la que motivó inicialmente la ‘interceptación,’ esta otra infracción constituye una base alternativa, en sí misma para prolongar la retención, si así lo requieren las circunstancias, y para investigar esa nueva infracción, *State v. Watson*, 165 Conn. 577 (1973), también, *p. ej.*, *United States v. Hardy*, 855 F.2d 753 (11th Cir.1988) (la interceptación de un vehículo se prolongó durante un total de 50 minutos ya que hubo de esperar a la llegada de un perro entrenado para localizar drogas; la razón inicial del control de tráfico, exceso de velocidad, dio paso a una ‘sospecha razonable’ de que el vehículo transportaba drogas).

Sin embargo, una importante línea jurisprudencial, hoy dominante, ha reblandecido en buena medida las limitaciones expuestas. De una parte, en *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405, el Tribunal Supremo declaró que una diligencia no excede del alcance de la interceptación, aunque se dirija a investigar una infracción distinta a la que la motivó (*p. ej.*, un delito de extranjería), y aunque no exista ‘sospecha razonable’ de su comisión salvo que la diligencia practicada, en sí misma, “vulnera las garantías constitucionales de privacidad” del particular, es decir constituya un registro (validando así el empleo de un perro adiestrado para buscar estupefacientes alrededor de un vehículo durante una interceptación por una infracción de tráfico, a pesar de que no existía ‘sospecha razonable’ de que se hubiera cometido un delito relacionado con drogas). Por otra parte, la mayoría de los tribunales ha considerado que las actividades (no invasivas) que no estén relacionadas con el propósito inicial de la interceptación (*p. ej.*, preguntar al conductor acerca de si lleva drogas en el vehículo o, a nuestros efectos, cuál es su nacionalidad o su estatus inmigratorio), son válidas “en la medida en que no prolonguen *de modo apreciable* la duración de la retención,” *Arizona v. Johnson*, 555 U.S. 323 (2009), rechazando así también una aplicación estricta de los límites temporales señalados en *Terry* (que, en materia de tráfico, implicarían la invalidez de toda prolongación de la retención más allá del tiempo necesario para completar el propósito inicial de sancionar al conductor).

consintió en que su vehículo fuera registrado, hallándose en él armas de fuego y documentos falsificados. En el subsiguiente proceso penal, Urrieta trata de excluir las pruebas obtenidas durante el registro alegando que la prolongación de la restricción de la libertad, una vez que el agente le había impuesto la sanción de tráfico, carecía de fundamento al no estar basada en la sospecha de la comisión de un delito distinto.

El tribunal concluyó que la prolongación de la ‘retención’ no podía fundarse exclusivamente en el hecho de que el agente tuviera la ‘sospecha razonable’ de que Urrieta se encontraba ilegalmente en el país. Aunque el tribunal parece reconocer que las autoridades locales y estatales pueden detener por *delitos* de extranjería,<sup>48</sup> la sec. 1357(g) USC 8 (acuerdos de cooperación) “debe interpretarse en el sentido de que los agentes locales no pueden perseguir infracciones *administrativas* consumadas contra el régimen federal de extranjería (i.e., estancia irregular) salvo que específicamente sean autorizados para ello por el *Attorney General* bajo ciertas condiciones, que no concurren en este caso.”<sup>49</sup> Puesto que, aparte de la sospecha de que el detenido pudiera ser un extranjero en situación irregular, no existía ninguna sospecha razonable de la comisión de otro delito (común o de extranjería) que permitiera prolongar la ‘retención,’ ésta se prolongó indebidamente lo que obliga al tribunal a excluir cualesquiera pruebas que pudieran haberse descubierto en ese tiempo.

Esta postura fue la que siguió, en un primer momento, el *Office of the Legal Counsel*. Lo hizo inicialmente<sup>50</sup> en un memorándum de 1989<sup>51</sup> en el que puede leerse que “un extranjero que entra legalmente en el país y se registra conforme a

<sup>48</sup> Antes de proceder al registro del vehículo el agente local contacta con las autoridades federales de inmigración a los efectos de determinar si Urrieta se encuentra legalmente en el país, descubriendo que no existe expediente alguno sobre él. Esta falta de información significa para el tribunal que Urrieta no se encontraba ilegalmente en el país tras haber sido previamente expulsado (pues habría constancia de este hecho), y que por tanto no ha cometido el delito tipificado en 8 USC § 1326. Esta falta de información es significativa pues “la nueva entrada ilegal en el país tras haber sido expulsado es el único delito de extranjería que un agente local puede perseguir.” *Urrieta*, 520 F.3d, pp. 571-72.

<sup>49</sup> *Id.*, p. 574.

<sup>50</sup> En *Gonzales*, el Tribunal se refiere a una nota de prensa emitida por el *Attorney General* en 1978. Press Release, Attorney General Griffin Bell, “Guidelines Issued for State and Local police in Immigration Cases,” 23 de junio de 1978, se emplea la versión reproducida en *Interpreter Releases* 55, no. 31, 9 de agosto de 1978, p. 306. En la nota de prensa se “reafirma la política del DOJ en el sentido de que la responsabilidad de la aplicación de las leyes de extranjería descansa en el *Immigration National Service* y no en la policía estatal o local” a quienes urge para que se atengan a la directriz que prohíbe que “intercepten, detengan pregunten o pongan bajo custodia a un sospechoso de haber cometido una infracción, por el sólo hecho de que se encuentra en situación de poder ser expulsado.”

<sup>51</sup> Memorandum for Joseph R. Davis, Assistant Director, Federal Bureau of Investigation, from Douglas W. Kmiec, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, “Handling of INS Warrants of Deportation in Relation to NCIC Wanted Person File,” de 11 de abril de 1989. Original disponible en [aclu.org/files/images/asset\\_upload\\_file438\\_29970.pdf](https://aclu.org/files/images/asset_upload_file438_29970.pdf)



las exigencias de la ley ... puede aún no obstante ser expulsado por no cumplir con las normas de naturaleza administrativa o no penal” por lo que “la mera existencia de una orden de expulsión no autoriza a todos los agentes del orden, estatales o locales, a detener al infractor de esas obligaciones administrativas”<sup>52</sup> pues no implican, *per se*, la comisión de un delito de extranjería. Y decididamente, y con mayor claridad, en el memorándum de 1996 más arriba mencionado. En él, tras recordar que “la expulsión de un extranjero es un procedimiento de naturaleza administrativa” y no penal y que “determinadas personas pueden verse sometidas a la medida de expulsión aún sin haber incurrido en una infracción penal de las tipificadas en la legislación de extranjería” concluye que “la policía estatal y local carece de autoridad legal para dar el alto y detener a un extranjero sólo por la sospecha de que puede encontrarse en situación administrativa que pueda determinar su expulsión, sin que concurra la comisión de otra infracción penal de extranjería u otro delito común.”<sup>53</sup>

## **B. La formación de una competencia federal exclusiva para regular la inmigración**

### **1. Competencia nacional exclusiva sobre el comercio e inconstitucionalidad de las legislaciones estatales en materia de inmigración**

En competencia con la línea de argumentación expuesta, la jurisprudencia del *10th Circuit*, a tientos primero en los años 80 y con más firmeza desde finales de los 90, ha reconocido a los agentes estatales y locales un poder general para investigar y efectuar detenciones por infracciones, administrativas y penales, de extranjería. Es una jurisprudencia que se sitúa, en gran medida, en las antípodas de *Urrieta*. Veamos sus piezas más importantes.

En *United States v. Salinas-Calderon*,<sup>54</sup> un agente de carretera intercepta en el oeste de Kansas una camioneta que circula erráticamente, al sospechar que su conductor podría encontrarse bajo la influencia del alcohol (un delito estatal). Salinas y su mujer ocupan los asientos delanteros, mientras que en la parte trasera el agente de policía encuentra a otros seis pasajeros, ninguno de los cuales habla inglés. En el curso de la ‘retención’ del vehículo (no se ha practicado nin-

<sup>52</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>53</sup> Memorandum OLC 1996, p. 29.

<sup>54</sup> 728 F.2d 1268 (10th Cir.1984)

guna detención aún) el agente conoce que Salinas no dispone de permiso de conducir y tampoco habla inglés, por lo que tiene que preguntar a la mujer que lo acompaña, y que viajan desde Florida a Colorado. Al preguntar si el hombre tenía la “tarjeta verde” (es decir, si era residente legal),<sup>55</sup> la mujer contesta que no, tras lo cual el agente inquiere acerca de los seis individuos que van en la parte de atrás, sabiendo entonces que todos son de México y que ninguno está en posesión de identificación o documentación acreditativa de su situación administrativa. Tal y como consta en la sentencia, el agente estatal sospecha ya en ese momento que los ocupantes del vehículo habían cometido alguna infracción de extranjería, pero no sabía aún cuál exactamente. Finalizadas las preguntas, el agente detiene a todos los ocupantes del vehículo y, tras contactar con la administración federal de extranjería (hoy el ICE) los transfiere a su custodia. Salinas es posteriormente acusado del delito de transportar inmigrantes irregulares.

La defensa alega que el agente no podía, en el contexto de la ‘intercepción’ por la infracción de tráfico, investigar la situación administrativa de extranjería del conductor o de los ocupantes del vehículo y que por tanto esa información había sido obtenida de manera ilegal. El tribunal afirma en su breve pronunciamiento que “el agente estatal tiene facultades indagatorias generales para *investigar* posibles infracciones de extranjería,”<sup>56</sup> sin distinguir entre ilícitos administrativos o penales. Por ello, tras conocer válidamente que el conductor y los seis pasajeros son naturales de México, que no hablan inglés y que carecen de permiso de residencia o identificación, el agente pudo desarrollar una ‘causa probable’ de que se había cometido o se estaba cometiendo una infracción de extranjería, siendo indiferente para el tribunal que no supiera con certeza, en el momento de la detención, si se trataba de un ilícito administrativo o penal.<sup>57</sup>

Más importante, pues evaluará en qué medida la legislación federal desplaza las facultades ejecutivas de los Estados, será el asunto *United States v. Vasquez-Alvarez*,<sup>58</sup> decidido en 1999. Todo comienza cuando un agente federal de inmigración se encuentra cenando en un local de la ciudad de Edmond, Oklahoma, y observa en el parking lo que parece ser un acto de tráfico de drogas. A la mañana

<sup>55</sup> Las diligencias esenciales durante una intercepción de tráfico se circunscriben a explicar al conductor la razones que la motivaron y a verificar sus credenciales y las del vehículo, para terminar extendiendo la multa o una simple advertencia. No obstante, también se ha venido admitiendo en la jurisprudencia que el agente, sin necesidad de una sospecha adicional que las fundamente, pueda inquirir sobre cuestiones ajenas al motivo inicial de la intercepción, como los planes de viaje, la tenencia de sustancias prohibidas o, para el caso que nos trae aquí, el estatus migratorio de los ocupantes del vehículo. Ver *infra*. Ahora bien, el elemento distintivo de los casos que se exponen es, precisamente, qué puede hacer el agente estatal o local con la información obtenida si revelan la existencia, no ya de un delito de extranjería, sino de una simple infracción administrativa de estancia irregular.

<sup>56</sup> *Id.*, p. 1301n3.

<sup>57</sup> *Id.*, p. 1300-01.

<sup>58</sup> 176 F.3d 1294 (10th Cir.1999).

siguiente, el agente federal contacta con la policía local a quien describe los vehículos implicados y de quien solicita que investigue los hechos, haciendo saber que alberga la sospecha de que uno de los implicados se encuentra irregularmente en el país.<sup>59</sup> Esa misma noche un agente local acude al restaurante, en cuyo parking observa la presencia de los vehículos que le han sido descritos, sabiendo al poco tiempo que uno de ellos pertenece a un empleado del restaurante llamado Vasquez-Alvarez quien, al ser preguntado al respecto, reconoce que, efectivamente, es un inmigrante irregular. El agente procede entonces a detenerlo y conducirlo a las dependencias policiales, donde es custodiado hasta su entrega a los agentes federales de inmigración.<sup>60</sup>

Vasquez-Alvarez es detenido simplemente por la existencia de ‘causa probable,’ basada en la declaración del propio infractor, de que se encuentra en *situación administrativa irregular*, sin que concurra sospecha alguna acerca de la comisión de un delito federal de extranjería (entrada o reentrada ilegales) o de otro delito común. Sólo posteriormente se descubre que había entrado ilegalmente en el país y que previamente había sido expulsado en tres ocasiones, es decir, que había cometido una infracción *penal* de extranjería. Como vimos anteriormente, la sec. 1252c USC 8 permite expresamente a las autoridades estatales y locales detener a aquellos extranjeros que hubieran entrado ilegalmente en el país y que previamente hubieran sido expulsados como consecuencia de una condena por delito, pero exige a los agentes que actúen en virtud de esta habilitación que contacten previamente con las autoridades federales de inmigración para obtener confirmación de la situación administrativa del extranjero. Pero esas condiciones no se habían cumplido.

El tribunal rechaza en su sentencia el argumento de que la detención había sido ilegal puesto que no se habían cumplido las condiciones exigidas por la sec. 1252c. La autorización contenida en la legislación federal no limita o desplaza *expresamente* el poder general y preexistente de los Estados para investigar y detener por infracciones del ordenamiento federal, en el que se incluyen las normas de extranjería. Antes al contrario, la sec. 1252c simplemente crea una vía adicional para la aplicación de la normativa federal, que se añade a las facultades que, de forma autónoma, reconoce el derecho estatal para efectuar detenciones sin previa orden judicial. Según el tribunal, la historia legislativa del precepto así lo acredita ya que la única manifestación de la intención del legislador, en boca del

<sup>59</sup> Precisamente el hecho de que el agente de la policía local intervenga a instancias de un agente federal de inmigración lleva a algunos a concluir que el asunto sólo ofrece respuesta para la cuestión de si una detención puede efectuarse a instancias de las autoridades federales, pero no permite resolver si los agentes locales o estatales tienen un poder general para investigar y detener por una infracción administrativa de extranjería. Keaney y Huerta, “Restrictionist States Rebuked,” pp. 268-69.

<sup>60</sup> *Id.*, pp. 1295-96.

proponente de la enmienda que terminó convirtiéndose en la sec. 1252c, indica que el propósito de la autorización era despejar las limitaciones que se entendían hasta entonces contenidas en la legislación federal, que según el parlamentario, “prohibía a los agentes del orden estatales y locales detener a los *delincuentes extranjeros* que encontraban en el cumplimiento de sus funciones,” algo que ahora, al aprobarse la enmienda propuesta, si se permitiría.<sup>61</sup> Sin embargo, ni la doctrina, ni los tribunales, ni los antecedentes legislativos permiten identificar cuáles eran esas limitaciones del poder subfederal de las que habla el parlamentario cuyas palabras hemos reproducido. Es más, hay serios indicios de que no existían tales impedimentos. En efecto, en 1996, momento de la introducción en la INA de la autorización que examinamos, se aceptaba unánimemente que los agentes estatales y locales eran titulares de un poder *general* para investigar y llevar a cabo detenciones por infracciones *penales* del régimen federal de extranjería (i.e. por entrada o reentrada ilegales).

El tribunal prosigue con el análisis de la posible preención de los poderes estatales y locales para ejecutar el régimen federal de inmigración y concluye que tampoco puede entenderse *implícita* la voluntad del legislador de prohibir cualquier participación en la aplicación de la legislación de extranjería al margen de la sec. 1252c. Su intención, por el contrario, fue la de promover, incentivar, la intervención subfederal en la aplicación de la legislación de extranjería, como lo demuestra, según el tribunal, las reformas que siguieron a la aprobación de la sec. 1252c (menciona en especial la posibilidad de celebrar acuerdos formales de cooperación prevista en la sec. 1357(g)).<sup>62</sup> En definitiva, no hay preención del poder estatal para permitir la investigación y detención por cualesquiera infracciones del derecho federal. El agente local, por tanto, no actuó en virtud de la autorización federal descrita, sino que la detención se efectuó basándose en las facultades que el propio derecho estatal de Oklahoma le confiere.<sup>63</sup>

Poco después el tribunal reitera su criterio en *United States v. Santana-García*.<sup>64</sup> Los hechos son algo distintos: las sospechas acerca de la irregularidad de la situación administrativa no dan lugar a la detención y puesta a disposición de las autoridades federales de inmigración, sino a la prolongación de una ‘retención’ que culmina con el hallazgo de una cantidad significativa de estupefacientes. Un agente estatal de Utah ordena detenerse a un vehículo que se había saltado una señal de ‘stop.’ El conductor no disponía de permiso de conducir (hecho en sí

<sup>61</sup> *Id.*, pp. 1298-99.

<sup>62</sup> *Id.*, p. 1300.

<sup>63</sup> La legislación de Oklahoma permite detener, sin orden judicial y en las circunstancias previstas, por cualquier “public offense,” *Oklahoma Statutes* § 22-196(l). Lo que se interpreta en el sentido de incluir cualquier infracción tipificada en el derecho federal.

<sup>64</sup> 264 F.3d 1188 (10<sup>th</sup> Cir.2001).

mismo constitutivo de un delito estatal) y no hablaba inglés, y el acompañante sólo tenía un dominio limitado del idioma. Tras solicitar la asistencia de un agente que hablara español y a la espera de su llegada, el agente pregunta a los ocupantes del vehículo acerca de la titularidad del mismo y de sus planes de viaje, cuestiones rutinarias en una intercepción de tráfico. Al saber que viajan de México a Colorado, les pregunta si son “legales,” a lo que ambos responden negativamente. Tras la llegada del segundo agente, hispanohablante, ambos reciben el consentimiento para registrar el vehículo, en el que hallan, oculta tras el frontal del salpicadero, una significativa cantidad de droga.<sup>65</sup>

El tribunal consideró la cuestión de si era legal la prolongación de la restricción de la libertad, durante la cual se había descubierto la droga, sobre la base de las sospechas acerca de la comisión de una infracción administrativa de extranjería (encontrarse ilegalmente en el país) que los ocupantes del vehículo parecían reconocer haber cometido. La conclusión a la que llegó fue que desde el momento en que los ocupantes del vehículo respondieron que “no eran legales” existía “causa probable para detenerles... por la comisión de una infracción federal de extranjería,”<sup>66</sup> que se venía a añadir, no se olvide, a la causa probable ya existente de la comisión de un delito estatal por conducir sin permiso. Por ello, fue legal la prolongación de la ‘retención,’ (que condujo al registro del vehículo al descubrimiento de la droga y finalmente a la ‘detención’), más allá del propósito inicial que la motivó (la infracción de tráfico), pues existía una base distinta, la sospecha de la comisión de otras infracciones, que la justificaba. Reiteró, con profusa cita de *Vasquez-Alvarez*, que los agentes estatales y locales poseen una capacidad implícita en sus competencias para investigar y detener por infracciones del derecho federal, incluidas sus normas de extranjería,<sup>67</sup> nuevamente sin distinción entre infracciones civiles y penales del régimen de extranjería. Ello, advierte el tribunal, siempre que el derecho estatal no prescriba otra cosa.<sup>68</sup>

La doctrina sentada por el *10th Circuit of Appeals* se ha reiterado posteriormente, también por otros tribunales federales inferiores.<sup>69</sup> Algunos de los asuntos

<sup>65</sup> *Id.*, pp. 1191-92.

<sup>66</sup> *Id.*, p. 1193.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 1194.

<sup>68</sup> *Id.* Algo que, nuevamente, no se produce en el caso de la legislación de Utah que, al igual que la de Oklahoma que, permite detener por cualquier “public offense,” Utah Code § 77-7-2, lo que, según el tribunal, debe interpretarse en sentido habilitante de la detención por infracciones federales.

<sup>69</sup> Por el *10th Circuit*, p. ej., en *United States v. Hernandez-Dominguez*, WL 13278 (10th Cir.2001) y *United States v. Favela-Favela*, WL 532416 (10th Cir.2001). El *8th Circuit*, en *United States v. Rodríguez Arreola*, 270 F.3d 611 (8th Cir.2001).

También el *1st Circuit*, que ofrece un ejemplo muy ilustrativo de la doctrina en *Estrada v. Rhode Island*, 594 F.3d 56 (1st Cir. 2010). Un agente de la policía de carretera de Rhode Island intercepta un minibús en la autovía por no señalizar un cambio de carril. El conductor presenta su permiso de conducir, los documentos de matriculación y seguros obligatorios del

expuestos, y de los que vinieron después, pueden resultar confusos ya que las sospechas sobre la comisión de la infracción de mera estancia irregular concurren siempre con la comisión de otros ilícitos. En efecto, en ocasiones, la sospecha independiente sirve sólo de justificación válida para la prolongación de la restricción de la libertad, más allá del propósito inicial de sancionar la infracción de tráfico, a los efectos de llevar a cabo diligencias adicionales. Esas actividades indagatorias adicionales relevan, en ocasiones, la comisión de otro ilícito, común (tráfico de drogas como en *Santana-García*) o de extranjería (transporte de inmigrantes irregulares como en *Salinas-Calderon*). Técnicamente, todos ellos plantean, en cambio, la misma cuestión y ofrecen la misma solución. La existencia de ‘causa probable’ o ‘sospecha razonable’ de que una persona determinada se encuentra irregularmente en el país (simple infracción administrativa), podría autónomamente justificar, *per se*, la restricción de la libertad del particular para llevar a cabo las diligencias de investigación precisas que confirmen o desmientan las sospechas existentes, o la detención y puesta bajo custodia policial.<sup>70</sup>

vehículo. Explica al agente que el vehículo es de propiedad de su esposa y que su intención era conducir hasta complejo industrial situado en las cercanías, donde se encontraba su lugar de trabajo, así como el del resto de pasajeros. El agente entonces comienza a solicitar a estos que se identifiquen, pero sólo alguno de ellos es capaz de presentar al agente algún documento. Ninguno de ellos habla inglés y es el conductor el que tiene que hacer de intérprete. El agente les requiere entonces documentación que acredite su ciudadanía estadounidense, pero ninguno de ellos lo hace, tras lo cual pregunta directamente al conductor, Estrada y a su copiloto, si son legales, a lo que responden que ni ellos ni el resto de pasajeros lo son. El agente tras comprobar la validez de los documentos del conductor y del vehículo, y que todo está en orden, decide ponerse en contacto con el ICE, y tras ello, detener a los ocupantes del minibús escoltándolos hasta las oficinas provinciales de la administración federal de inmigración. *Id.*, pp. 59-62. El tribunal reitera la validez de los requerimientos de identificación y de las preguntas sobre la situación administrativa de extranjería durante la intercepción (ver *infra* en el texto principal) y, lo que es más importante ahora, consideró que existía “causa probable para justificar la conclusión de que los ocupantes del minibús habían cometido una infracción de extranjería,” *Id.*, pp. 64-65.

<sup>70</sup> La anatomía de los asuntos, puede resumirse de esta forma: A. El agente observa (‘causa probable’) o tiene sospechas razonables de que un conductor ha cometido una infracción de tráfico. – B. El agente intercepta el vehículo con motivo de esta infracción y para sancionarla. – C. En el curso de las actuaciones para sancionar la infracción de tráfico, adquiere la sospecha de que está ante un extranjero que se encuentra irregularmente en Estados Unidos. – D. Puesto que los Estados pueden perseguir infracciones del régimen administrativo de extranjería, el agente prolonga la retención del particular para proseguir otras diligencias indagatorias, como resultado de las cuales: 1. Puede confirmarse una ‘causa probable’ de la comisión de una infracción, administrativa o penal, de extranjería. 2. Puede formarse la sospecha de la comisión de otro delito común (p. ej., tráfico de drogas). – F. En todo caso, la detención por cualquiera los delitos descubiertos tras la intercepción, es válida. – G. Practicada la detención, si se trata de un delito común tipificado en el derecho penal estatal, podrá perseguirse por el aparato burocrático del Estado, pero si la detención se ha efectuado por una infracción de extranjería, deberá remitirse a las autoridades federales.

## 2. La transición hacia un poder federal exclusivo y extraconstitucional en materia de inmigración

Tras *Arizona*, parecen aclararse algunas de las cuestiones que venimos planteando en este capítulo. En primer término, queda en entredicho la existencia de un poder inherente a los Estados para la ejecución del régimen *administrativo* de extranjería. Puesto que la sentencia parece conceder peso decisivo en su razonamiento al poder preentivo ejercido por el legislador federal, quizá fuera más correcto afirmar que el tribunal no resuelve específicamente la cuestión de si existe o no un poder inherente en relación con la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, sino que se limita a concluir que tal poder se ha visto desplazado (*preempted*) por la acción del legislador federal. Al fin y al cabo, el propio memorándum del OLC de 2002 especificaba que los Estados tenían un poder inherente por encima y más allá de la explícita autorización “sólo sujeto a la preención federal.”<sup>71</sup> Esta última opinión más matizada es en apariencia también la más correcta. La argumentación del Tribunal está más apegada, en efecto, a una interpretación del alcance de las disposiciones pertinentes de la legislación federal que a un razonamiento, más propio de un modelo de federalismo dual, basado en la distribución categórica y apriorística de competencias que sí permitiría aducir, en su caso, que el poder inherente al Estado ni existe ni ha existido nunca. Sin embargo, también es problemática esta forma de entender la sentencia. Hemos expuesto en el capítulo primero, y hemos vuelto ahora a comprobarlo, cómo la sentencia, de forma criticable, coquetea con la exclusividad federal en materia de inmigración, con alusiones veladas a las implicaciones que para la política exterior podría tener la intervención de los Estados. Lo cierto es que, en apariencia, ello sólo parece tener un valor simbólico pues el Tribunal verdaderamente pone sus esfuerzos en analizar las minucias de la intrincada legislación federal para tratar de averiguar si el legislador tenía voluntad o no de excluir un poder adicional de los Estados para aplicar el régimen administrativo federal. Sin embargo, algo no encaja, y esas simbólicas apelaciones a nociones abstractas de exclusividad podrían haber tenido una influencia efectiva en la conclusión a la que llega el tribunal.

En efecto, como hemos dicho antes, la doctrina del poder ‘inherente’ fundamenta su existencia en principios vinculados a la soberanía estatal y al ‘poder de policía’ (*police power*) de los Estados. Como expusimos en el capítulo primero, cuando el legislador federal actúa en un ámbito que tradicionalmente ha pertenecido a la competencia de los Estados, se aplica una “presunción en contra de la

<sup>71</sup> Memorandum OLC 2002, pp. 2-3.

preención” de los poderes estatales. Cuando están implicados los poderes residuales que los Estados tradicionalmente han ejercido no se consideran desplazado salvo que el legislador federal manifieste de forma clara y especialmente precisa su intención en sentido contrario. Sin embargo, hemos comprobado ya cómo no hay una prohibición clara y decisiva de la competencia estatal para perseguir infracciones de extranjería. Al contrario, el legislador invita expresamente a los Estados para que se impliquen, y los tribunales federales inferiores han ofrecido durante años interpretaciones contradictorias sobre si el ordenamiento federal excluye o permite una participación más allá de esas invitaciones expresas. En una situación así, si el poder inherente encuentra su fundamento en los poderes reservados a los Estados por la Constitución, poderes que el legislador sólo puede arrumbar cuando emplea de forma especialmente potente su poder preentivo (en especial, declarando *expresamente* que queda excluido todo poder estatal concurrente en la materia), es claro que el Tribunal no podría haber encontrado en la legislación federal un efecto preentivo con la suficiente musculatura.<sup>72</sup>

Tras todo lo dicho, son posibles dos formas de entender el modo en el que, *sub silentio*, ha operado el tribunal. *Primero*, es posible que haya dado por hecho algo en lo que sí se detuvo mínimamente el *9th Circuit* en la sentencia recurrida, que “la detención de inmigrantes por infracciones administrativas no es un ‘ámbito de regulación que tradicionalmente hayan ocupado los Estados’ por lo que el punto de partida no puede ser una presunción en contra de la preención de la sec. 6.”<sup>73</sup> Por ello, basta una velada voluntad implícita del legislador federal, aun sin contar con una manifestaciones expresa, clara e inequívoca de su intención, para que pueda entenderse excluido el poder estatal en la materia. *Segundo*, es posible que el Tribunal mantenga dos discursos, uno aparente construido en torno a la búsqueda de la intención preentiva del legislador, y otro subyacente en el que se atribuye un peso específico a la interferencia que la actuación estatal tiene en una (supuesta) competencia exclusiva federal (y en la que el poder ejecutivo tiene un gran peso) en materia de relaciones exteriores. El análisis del efecto preentivo de las disposiciones federales estaría, por ello, adulterado, potenciado artificialmente por un interés federal preeminente en la materia que exige que “las decisiones... se tomen con una sola voz” permitiendo así que la intención del legislador de excluir el poder de los Estados pueda entenderse implícita en una regulación federal ciertamente anémica.

<sup>72</sup> En este sentido, tiene razón el juez Alito cuando, en su voto particular, rechaza que los supuestos en que media autorización federal “puedan interpretarse en el sentido de expresar una intención clara por parte del legislador de desplazar” los poderes residuales de los Estados en cualquier otra circunstancia. *Arizona*, 132 S.Ct. p. 2528.

<sup>73</sup> *Arizona II*, 641 F.3d, p. 361.



Más allá de estas elucubraciones teóricas, lo cierto es que, en cualquier caso, el legislador federal podría acabar con toda posible indefinición acerca de la distribución de las competencias de ejecución en materia de inmigración. Podría hacerlo, excluyendo expresamente y con suficiente claridad toda ejecución concurrente o, como ha intentado en varias ocasiones, sin éxito, en la última década, ampliando y consolidando el poder de los Estados para cooperar en la aplicación de la legislación de extranjería, reconociendo incluso expresamente la existencia de un “poder *inherente* a las fuerzas policiales estatales y locales para, en el curso del ejercicio rutinario de sus funciones, investigar, capturar o transferir a la custodia federal a extranjeros” con la finalidad de “asistir en la ejecución de las leyes de extranjería.”<sup>74</sup>

El mensaje de Arizona parece claro en relación con la participación de los Estados en la aplicación del régimen *administrativo* de extranjería: no es posible en ausencia de solicitud, aprobación, u otra instrucción de la administración federal. Técnicamente, ello implica que la sospecha de que una persona ha incurrido en una infracción administrativa del régimen de extranjería, no constituye, per se, ‘causa probable’ o ‘sospecha razonable’ de actividad ilícita que justifique o sirva de base a una restricción de la libertad o, en su caso, a una detención.<sup>75</sup>

Nada dice el Tribunal acerca del poder de los Estados para perseguir unilateralmente, sin autorización federal expresa, infracciones *penales* de extranjería. Algunos autores no han dudado en leer la sentencia en el sentido de poner en jaque la distinción entre régimen penal y administrativo de extranjería y de excluir también la existencia de un poder inherente para aplicar las disposiciones

<sup>74</sup> *P. ej.*, Utilizando esta redacción, CLEAR Act of 2005, H.R.3137, 109th Congress (2005); CLEAR Act of 2007, H.R.842, 110th Congress (2007); CLEAR Act of 2011, H.R.100, 112th Congress (2011); Charlie Norwood CLEAR Act of 2007, H.R.3494, 110th Congress (2007); Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal Act of 2009, H.R.2406, 111th Congress (2009); CLEAR Act of 2013, H.R.2264, 113th Congress (2013-2014). Véanse también, Illegal Immigration Enforcement and Empowerment Act, S.1823, 109th Congress (2005); Accountability in Enforcing Immigration Laws Act of 2007, H.R.3531, 110th Congress (2007); Illegal Immigrant Deterrence and Public Safety Act of 2006, H.R.6089, 109th Congress (2006); Immigration Law Enforcement Act of 2006, H.R.6095, 109th Congress (2006); Effective Immigration Enforcement Partnerships Act of 2008, S.2717, 110th Congress (2008). Sobre una de las iniciativas, la Strengthen and Fortify Enforcement Act, H.R.2278, 113th Congress (2013-2014), véase Immigration Policy Center, *Cracking The Safe Act: Understanding the Impact and Context of H.R. 2278, the “Strengthen and Fortify Enforcement Act,”* (Washington DC, 2013).

Más recientemente, dos iniciativas están pendientes de tramitación en ambas cámaras. Se trata de la Michael Davis, Jr. in Honor of State and Local Law Enforcement Act, H.R.1148, 114<sup>th</sup> Congress (2015) y de la Michael Davis, Jr. and Danny Oliver in Honor of State and Local Law Enforcement Act, S.1640, 114<sup>th</sup> Congress (2015). Sobre ello, Cadman, *Analysis of the Senate Version of the Davis-Oliver Act*.

<sup>75</sup> En este sentido, aplicando *Arizona, p. ej.*, *Melendres v. Arpaio*, 695 F.3d 990 (9th Cir.2012), pp. 1000-01; *Santos v. Frederick County Bd. Of Com’rs*, 725 F.3d 451 (4th Cir. 2013), p. 465; y *Buquer v. City of Indianapolis*, 2013 WL 1332158 (S.D.Ind. Mar. 28, 2013), pp. 10-11.

penales de la legislación federal.<sup>76</sup> La participación de los Estados en la persecución de los delitos de extranjería se limitaría a los supuestos expresamente autorizados por el legislador federal. Es especialmente significativo que el juez Alito, en su voto discrepante, dedique denodados esfuerzos a tratar de salvar el poder de los Estados para ejecutar las disposiciones penales mientras que guarda silencio sobre el poder en relación con el régimen administrativo que, al parecer, da por perdido. La cuestión, no obstante, no fue tratada por el Tribunal, que expresamente soslaya la cuestión,<sup>77</sup> y hay varios elementos que, creemos, avalarían el poder de los Estados para perseguir determinados delitos federales de extranjería: *primero*, hay una rica jurisprudencia que permite, en general, a los Estados, detener por la comisión de delitos federales, siempre que el derecho estatal no lo impida; *segundo*, debe tenerse en cuenta que dentro de los delitos de extranjería, junto a algunos muy específicos vinculados a una mera estancia irregular a la que se añaden elementos que conforman el tipo penal (como, p. ej., la entrada ilegal), hay otros que tienen una clara conexión con delitos comunes como el fraude documental o el tráfico de inmigrantes) que no justifican ser excluidos de ese poder general para participar en la ejecución del derecho federal.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> P. ej., Guttentag, "Immigration Preemption and the Limits of State Power," pp. 29-34, Lasch, "Preempting Immigration Detainer Enforcement under Arizona v. United States," pp. 319-29.

<sup>77</sup> *Arizona*, 132 S.Ct. p. 2509 ("There is no need in this case to address whether reasonable suspicion of illegal entry or another immigration crime would be a legitimate basis for prolonging a detention, or whether this too would be preempted by federal law.").

<sup>78</sup> Dicho lo cual, la anatomía del poder de los agentes estatales para detener por infracciones de extranjería quedaría, tras *Arizona*, así:

i) Caso de sospecha inmediata – A. El agente tiene sospecha razonable: 1. De que un particular ha cometido una infracción *administrativa* de extranjería, pues es un inmigrante que se encuentra irregularmente en el país, el agente no puede interceptar y retener al particular para investigar; 2. De que un particular ha cometido una infracción *penal* de extranjería. – B. Intercepta y retiene al particular para practicar diligencias adicionales que le permitan resolver sus dudas. – C. Confirma la posible comisión del *delito* de extranjería, es decir se forma una 'causa probable.' – D. Detiene al particular por el *delito* de extranjería cometido.

ii) Caso de sospecha sobrevenida – A. El agente tiene sospecha razonable o causa probable para interceptar a un vehículo (o a un peatón) por una infracción (exceso de velocidad, cruzar la calle por lugar no habilitado) – B. Se intercepta al peatón o al vehículo y a sus ocupantes por la infracción. – C. En el curso de la intercepción y mientras se cumple con su propósito originario (sancionar la infracción observada o sospechada) se pregunta por la nacionalidad del particular y se comprueban sus antecedentes penales y órdenes de detención pendientes (y, por tanto, también las posibles infracciones de extranjería que hubiera cometido). – D. Las diligencias practicadas hace surgir la 'sospecha razonable' de que se ha cometido una infracción de extranjería: 1. Revela simplemente la posible comisión de una infracción *administrativa* (mera estancia irregular), el agente no puede prolongar la restricción de la libertad y, finalizado el propósito de la intercepción, sancionar la infracción, debe dejar abandonarse toda restricción de la libertad del particular; 2. Revela la posible comisión de un *delito* de extranjería (p. ej., entrada ilegal tras haber sido previamente expulsado, falsedad en los documentos de extranjería presentados al agente, transportar inmigrantes irregulares). – E. Puede prolongar la restricción de la libertad para llevar a cabo diligencias adicionales. – F.

### 3. La distinción entre regulación de la inmigración y régimen de extranjería

Es en este contexto en el que se va a plantear si los Estados pueden, más allá de los supuestos en que expresamente reciben autorización del legislador federal, participar en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería practicando detenciones por infracciones tipificadas en él.<sup>79</sup> Ahora bien, debe quedar claro que, como en el ámbito sancionador general y de forma paralela a los supuesto de delegación formal vistos en el capítulo anterior, no se reivindica para el Estado una ejecución completa del derecho federal de extranjería pues serán en todo caso las autoridades federales las únicas competentes para iniciar y seguir el correspondiente procedimiento administrativo sancionador o para perseguir penalmente al extranjero ante un tribunal federal por un ilícito de extranjería, así como, en última instancia, proceder a la expulsión y a garantizar el cumplimiento de la sanción impuesta. En la práctica, sin embargo, como hemos apuntado ya, la discrecionalidad en el curso procedimental que conduce a un extranjero en situación irregular desde que es detenido por un agente estatal o local, aun por una simple infracción menor, hasta que es expulsado por las autoridades federales, se concentra en los primeros estadios. “La discrecionalidad que importa” para seleccionar a un extranjero para su expulsión “es la discrecionalidad para practicar su detención.”<sup>80</sup>

Se ha formado una causa probable de la comisión de un delito de extranjería y el agente detiene a los ocupantes del vehículo por el delito de extranjería cometido.

<sup>79</sup> Está claro que si la administración federal delega expresamente esta facultad en los Estados, su policía podrá detener por infracciones de extranjería. Así lo especifican, incluso, algunos ordenamientos estatales. *P. ej.*, Tennessee Code § 4-7-121 “highway patrol officers *certified as trained in accordance with a memorandum of understanding* between the state of Tennessee and the United States department of homeland security... *are authorized to enforce federal immigration laws* while performing within the scope of their authorized duties as state highway patrol officers;” Arkansas Code § 16-81-106(i) “a *certified law enforcement officer trained pursuant to a memorandum of understanding* between the State of Arkansas and the United States Department of Justice or the United States Department of Homeland Security is *authorized to make an arrest in order to enforce federal immigration laws*;” Georgia Code § 35-1-17(2) “State and local agencies shall be authorized to enter into memorandums of understanding and agreements with the United States Department of Justice, the Department of Homeland Security, or any other federal agency for the purpose of enforcing federal immigration and customs laws and the detention, removal, and investigation of illegal aliens and the immigration status of any person in this state. A peace officer acting within the scope of his or her authority under any such memorandum of understanding, agreement, or other authorization from the federal government shall have the power to arrest, with probable cause, any person suspected of being an illegal alien.”

<sup>80</sup> Motomura, *Immigration Outside the Law*, y “The Discretion That Matters,” en páginas citadas en el capítulo anterior, donde se trata más extensamente esta cuestión.

El legislador federal, como sabemos, ha preñado la normativa de extranjería de tipos penales e ilícitos administrativos que castigan un amplio abanico de conductas y ha regulado exhaustivamente las circunstancias que pueden dar lugar a la expulsión como consecuencia administrativa y el procedimiento, exclusivamente federal, que ha de seguirse. No obstante, como hemos visto, incluso en un ámbito en el que la densa regulación federal ha dejado exánime el poder normativo de los Estados para tipificar nuevas conductas o complementar las sanciones federales, es posible en términos constitucionales la ejecución descentralizada. El monopolio de las competencias de ejecución no está constitucionalmente preordenado y por ello el legislador puede delegar expresamente en los Estados la competencia para ejecutar el derecho federal, como ha hecho el materia de extranjería al autorizar las detenciones por dos delitos de extranjería (tráfico de inmigrantes irregulares, y nueva entrada ilegal de un extranjero previamente expulsado por la comisión de un delito grave) y permitir la persecución directa de infracciones administrativas de extranjería bajo la dirección y supervisión federal y previa celebración de un acuerdo formal de cooperación.

Hemos visto más arriba cómo incluso en ausencia de una autorización o delegación del legislador, los tribunales han venido avalando la constitucionalidad de la participación de los Estados en la ejecución del ordenamiento federal, mediante la detención por infracciones penales tipificadas en él. Ahora bien, ello no quiere decir que el legislador no pueda alterar este *estatus quo*. Esas limitadas facultades ejecutivas no están gravadas en piedra, no son atributos de los Estados garantizados constitucionalmente. Por tanto, la Cláusula de supremacía permite en todo caso al legislador federal extinguir cualquier competencia ejecutiva que pudieran conservar los Estados y asumir en régimen de monopolio la ejecución, y de principio a fin, de su propio derecho. Podría, por el contrario, ir mucho más allá del *status quo* actual y, siempre sobre la base de una participación voluntaria, reconocer a las autoridades estatales y locales un poder pleno para participar, según sus propios términos, en la aplicación administrativa y judicial de la legislación federal, cooptando así a las estructuras burocráticas y judiciales para la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, como vimos en el capítulo anterior que ha sucedido, en mayor o menos medida, en otros ámbitos, como la protección de los consumidores o en materia de competencia.

No ha sucedido, a día de hoy, ni una ni otra cosa. El legislador no ha hablado claro y, por ello, a falta de una prohibición expresa de otras formas de participación en la ejecución del ordenamiento de extranjería, la discusión ha girado en torno a si el diseño del legislador excluye (*preempt*) toda competencia de los Estados fuera los supuestos de delegación expresa o si, por el contrario queda aún intacto un poder residual de los Estados para detener a un particular por una in-

fracción federal. Técnicamente, por tanto, la explicación se centrará, como hicimos en el capítulo primero, en el carácter basculante que el poder preentivo del legislador nacional imprime a las relaciones entre el ordenamiento federal y los ordenamientos estatales. Como vimos en su momento, la medida en que una intervención del legislador extingue o no el poder de los Estados para actuar de forma concurrente en una determinada materia, gira en torno a la idea de conflicto internormativo. Debe resolverse, en definitiva, si la norma estatal genera o plantea conflicto con la norma federal, aplicando una tipología conflictual que ya ha sido expuesta. Una versión especialmente agresiva de preención ha extinguido el poder de los Estados para tipificar y castigar conductas idénticas (o muy similares) a las previstas en el derecho federal de extranjería. En simples términos de conflicto normativo, las dificultades para alcanzar esa conclusión se ha salvado gracias al papel decisivo que ha jugado, en la invalidación de la normativa estatal, el efecto disruptivo que tiene no en el diseño del legislador federal, sino en las competencias de ejecución de la administración federal. Con ello en mente, se plantea ahora un dilema similar.

Puede alegarse, coherentemente, que la participación de los Estados en la ejecución del derecho federal no compromete su integridad. Los Estados no reivindican su autonomía o su estatus soberano para concurrir con el legislador federal en la regulación sustantiva de una materia y, con ello, perseguir sus propios objetivos de política legislativa. Al contrario, a falta de una prohibición expresa por parte del legislador, la participación unilateral en la ejecución se justifica en la necesidad de que el ordenamiento nacional sea ejecutado fielmente. En hacer, en definitiva, la voluntad del legislador nacional ejecutando la ley tal y como el legislador prescribe, en contraste con la percepción de que la administración federal está siendo refractaria a ello. Así, las autoridades estatales defienden la legislación de Arizona como una reivindicación de la voluntad del legislador frente a un ejecutivo federal reticente a ejecutar la legislación de extranjería de forma completa y eficiente.<sup>81</sup>

Se ha sostenido, en cambio, la postura contraria de que cualquier participación de los Estados en la ejecución que no esté autorizada expresamente por el legislador crea inevitablemente un conflicto con el derecho federal. La ejecución del derecho federal introduce una fuerza multiplicadora que incrementa exponencialmente la probabilidad de que una conducta infractora del ordenamiento

<sup>81</sup> United States v. Arizona, *Appellants' Opening Brief* WL 5162518 (9th Cir. 26 Ago. 2010) “El Department of Homeland Security ha demostrado su incapacidad (o su falta de voluntad) para ejecutar con eficacia las leyes de inmigración federales. El propósito principal de esta ley, por tanto, es intensificar la asistencia que Arizona y sus fuerzas del orden prestan en la ejecución de las leyes federales.” Ni tan siquiera en sus disposiciones sustantivas, la ley intentaba innovar decisivamente el arsenal de ilícitos de extranjería tipificados por el derecho federal, tan sólo añadía sanciones estatales por su comisión.

nacional sea sancionada. Ello cambia, se dice, el derecho federal mismo. Es difícil de entender cómo puede padecer la integridad del derecho *objetivo*, en sí mismo considerado, en ese contexto. No obstante, de nuevo, a la hora de calibrar el alcance preentivo de la legislación federal se ha atribuido un papel decisivo a la discrecionalidad de la administración federal en la ejecución del derecho objetivo. El conflicto, por tanto, no se produciría estrictamente con la ley, sino con el modo en que se ejecuta la ley. Volveremos sobre esta importante cuestión más adelante.

Sea como fuere, se trata de analizar, en detalle, si el efecto preentivo de la legislación federal excluye todo poder de los Estados de participar unilateralmente en la ejecución del derecho federal, y si ese efecto excluyente, de producirse, está operando de forma adulterada o, por el contrario es una aplicación ordinaria de la *preemption* tal y como se observa en otros sectores del ordenamiento. Baste por ahora con apuntar que el problema va a tener importantes matices distintivos según se trate de la participación en la ejecución del régimen sancionador penal o de los ilícitos administrativos de extranjería. Vayamos, pues, por partes.

En su recurso contra la sec. 2(b), el gobierno federal argumenta, una vez más, que la legislación federal excluye (*preempt*) el poder de los estados para adoptar una regulación que exija a las autoridades estatales investigar la situación administrativa de las personas sospechosas de encontrarse irregularmente en el país. Es importante destacar que la impugnación del gobierno federal se centra en el carácter “imperativo” que tiene la regulación estatal, que tendrá como resultado un “aumento dramático” en el número de solicitudes dirigidas a la administración federal para que verifique la situación administrativa de los extranjeros que los agentes encuentren en el ejercicio de sus funciones, provocando con ello “una desviación de los recursos y la atención que el gobierno federal centra en los extranjeros peligrosos, que constituyen su máxima prioridad.”<sup>82</sup> El DOJ alegó también que la sec. 2(b) afectaría igualmente a los residentes legales e incluso a ciudadanos norteamericanos cuando al ser parados o detenidos por la policía no pudieran demostrar inmediatamente de su condición de ciudadanos o residencia, algo que el legislador federal “ha tratado de prevenir al elaborar un marco para la ejecución material de las leyes de extranjería equilibrado y controlado y dirigido a nivel nacional.”<sup>83</sup> Arizona, por el contrario, basa la defensa de la disposición, una vez más, en un pretendido poder inherente a los Estados para ejecutar la legislación federal, y en la apreciación de que el ordenamiento federal de extranjería no tiene efecto preentivo sobre el tipo de actividades contempladas en la sec.

<sup>82</sup> United States v. Arizona, *Complaint* WL 2653363 (D. Ariz. 6 jul. 2010), p. 17.

<sup>83</sup> *Id.*, p. 18

2(b) SB 1070.<sup>84</sup> Veamos ahora la respuesta que dieron los tribunales federales a los recursos que se interpusieron tanto contra mencionada disposición como contra las réplicas similares que se habían aprobado en otros Estados. De nuevo, nos vamos a encontrar una división de opiniones entre los tribunales federales inferiores, aunque esta vez sí que intervendrá el Tribunal Supremo.

La sentencia en primera instancia del *US District Court* de Arizona, que dio la razón al gobierno federal, se centró fundamentalmente en los efectos que la normativa estatal podía tener para los residentes legales y para los recursos federales destinados a luchar contra la inmigración irregular.<sup>85</sup> Por el contrario, el *9th Circuit Court of Appeals* concluyó que el derecho federal ejercía un efecto preventivo sobre el poder de ejecución de los Estados.<sup>86</sup> La sentencia, firmada por dos de los tres jueces que integraron el tribunal (el tercero formularía un voto discrepante) entiende que la sec. 2(b) es incompatible con el sistema creado por el legislador federal para la ejecución material de la normativa de extranjería que, según el tribunal, “sólo permite a los agentes estatales auxiliar sistemáticamente en la ejecución bajo la estricta supervisión” de las autoridades federales.<sup>87</sup> Para llegar a esta conclusión el tribunal analiza fundamentalmente la sec. 1357(g) USC 8, llegando a la conclusión de que la autorización que en ella se concede a la administración federal para celebrar acuerdos, formalizados por escrito, por los que se permite a agentes estatales y locales seleccionados llevar a cabo determinadas funciones bajo estricta dirección federal, es demostrativa de la intención del legislador federal de que toda colaboración se produzca bajo su estricta supervisión. De igual forma, la sentencia entiende que el ap. 10 de la sec. 1357(g)<sup>88</sup> únicamente permite una asistencia ocasional o en situaciones de necesidad, y previa solicitud de las autoridades federales. La cooperación queda, en términos generales, limitada a la exigencia de previa celebración de un acuerdo, en los términos regulados en los aps. (1) a (9) de la sec. 1357(g), sin que su ap. (10) pueda interpretarse como una fuente independiente de autoridad o como una habilitación para que, a nivel normativo, pueda regularse cuándo y en qué circunstancias los agentes estatales y locales deben comunicarse con las administración federal en

<sup>84</sup> United States v. Arizona, *Defendant's Response to Motion for Preliminary Injunction* (D. Ariz. 26 jul. 2010), pp. 9-12, con cita del Dictamen OLC 2002.

<sup>85</sup> United States v. Arizona (*Arizona I*), 703 F.Supp.2d 980 (D.Ariz. 2010), pp. 993-98.

<sup>86</sup> United States v. Arizona (*Arizona II*), 641 F.3d 339 (9th Cir.2011).

<sup>87</sup> *Id.*, p. 641.

<sup>88</sup> Dice la sec. 1357(g)(10): “nada en esta sección debe interpretarse como una exigencia de que debe celebrarse un acuerdo de cooperación para que un agente o empleado estatal o local, (a) se comunique con el *Attorney General* en relación con el estatus migratorio de una persona, incluso a los efectos informar acerca de que un extranjero no se encuentra legalmente en el país, (b) coopere de cualquier otra forma con el *Attorney General* en la identificación, captura, detención o expulsión de aquellos extranjeros que no se encuentren legalmente en los Estados Unidos.”

relación con el estatus inmigratorio de una persona.<sup>89</sup> El tribunal rechaza, asimismo, el argumento de Arizona de que la sec. 1373(c) INA 8, que obliga al *Department of Justice* a responder “aquellas consultas procedentes de una agencia estatal o local que tengan por objeto verificar o determinar la condición de ciudadano o la situación administrativa de extranjería de una persona,” debe interpretarse como prueba de que “el legislador ha expresado una clara intención de fomentar la asistencia por parte de los agentes estatales y federal.” Si bien el tribunal asume que el precepto transcrito demuestra que el legislador federal “contempla la asistencia de los Estados en la identificación de los inmigrantes irregulares”... esa asistencia debe producirse necesariamente en el marco de un acuerdo celebrado en las condiciones previstas en la sec. 1357(g) y no en la forma ordenada por una ley estatal al servicio de una política estatal.”<sup>90</sup>

Al igual que en el caso de la sec. 6, el *9th Circuit* atribuye un papel propio a la interferencia de la sec. 2(b) con la discrecionalidad y la flexibilidad que el legislador ha reconocido a la administración y al gobierno federales para determinar la manera en que debe aplicarse la normativa de extranjería. La preención no se reputa ya de un mandato normativo (legal o reglamentario) propiamente dicho, sino del margen de discrecionalidad con que cuenta el ejecutivo federal que, para cumplir con sus funciones, “debe establecer prioridades para garantizar que el ICE emplea los recursos de la manera más eficiente.”<sup>91</sup> Ya hemos analizado en el capítulo primero el problema que tiene atribuir efecto preventivo a ‘prioridades’ y ‘estrategias’ que no cuentan habitualmente con garantías formales y procedimentales equiparables a la actividad reglamentaria. También de nuevo el Tribunal, con independencia de las interacciones de la sec. 2(b) con el marco normativo federal, termina deslizándose como motivo para dejar cautelarmente sin efecto la sec. 2(b) los efectos perjudiciales, que no son meramente incidentales, que entiende puede tener en las relaciones exteriores de la Unión. Y ello a la vista del número de líderes de naciones extranjeras y organizaciones internacionales que habían criticado la SB 1070, y de las acciones de protesta que ya había emprendido México.<sup>92</sup>

<sup>89</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 349-50.

<sup>90</sup> *Id.*, pp. 350-51.

<sup>91</sup> *Id.*, pp. 351-52. El *US District Court* había concluido también que la sec. 2(b) impone una carga inaceptable sobre la administración federal, pero en su análisis se centra los efectos de la disposición sobre los recursos financieros federales, a consecuencia del incremento en las solicitudes de información. *Arizona I*, 703 F.Supp.2d, p. 996.

<sup>92</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 353.



## C. Decadencia de la exclusividad como categoría dogmática y su impacto en materia de extranjería

### 1. El modelo federal tras la revolución constitucional del *New Deal*

La sentencia del *9th Circuit*, como hemos anticipado, cuenta con un voto particular discrepante, que firma el juez Carlos Bea, en el cual se sostiene que la intención del legislador federal en las secs. 1373(c) y 1357(g)(10), fue la de reconocer a los agentes estatales un poder/deber, al margen de cualquier cooperación formalizada, en relación con la *identificación* de los extranjeros que se encuentran en situación irregular.<sup>93</sup> La sec. 2(b) únicamente pretende obligar, en determinadas circunstancias, a que los agentes estatales o locales indaguen en la situación administrativa de extranjería de una persona. Pero, más allá de la obligación que tienen las autoridades federales de responder a las consultas que al respecto le puedan hacer los agentes estatales de acuerdo con la sec. 1373(c), la sec. 2(b) no impone a la administración federal la aceptación de la custodia del extranjero identificado como irregular o la iniciación del procedimiento para su expulsión, sino que, antes al contrario, es libre para rechazar cualquier cooperación adicional o descartar la expulsión del extranjero.<sup>94</sup>

Especialmente interesante es la contestación que da el juez a la conclusión de la mayoría de que la sec. 2(b) menoscaba indebidamente las prioridades y estrategias establecidas por el gobierno federal para la aplicación la normativa de extranjería. Para Bea, “el poder para dejar sin efecto la legislación estatal reside en el legislador federal, no en el ejecutivo; como tal, una agencia como es el ICE sólo puede excluir la legislación estatal cuando el Congreso le ha delegado ese poder.”<sup>95</sup> En este sentido, la sec. 2(b) no podría violentar la flexibilidad que el legislador ha dado al ejecutivo para dar aplicación al marco legal pues según el juez, “el Congreso explícitamente privó en las secs. 1373(c) y 1357(g)(10) de toda discrecionalidad y flexibilidad a la administración a la hora responder a los agentes estatales que se dirigieran a ella en relación con la situación administrativa de

<sup>93</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 373-79 “la exclusión de la función de identificación de extranjeros en situación irregular de la exigencia de un previo acuerdo formalizado conforme a los nos. (1) a (9) de la sec. 1357(g), y la inclusión de la identificación como una de las competencias de los Estados en la sec. 1357(g)(10), debe llevar a la conclusión de que el Congreso tuvo la intención de que los agentes estatales fueran libres de consultar a las autoridades federales acerca de la situación administrativa de extranjería de una persona sin necesidad de hacerlo bajo su la dirección o supervisión, y de que esas autoridades federales están obligadas a responder a esas consultas de acuerdo con la sec. 1373(c),” p. 378.

<sup>94</sup> *Id.*, p. 379.

<sup>95</sup> *Id.*, p. 380.

extranjería” de una persona.<sup>96</sup> El voto particular también rebate la supuesta contradicción de la sec. 2(b) con los objetivos federales en materia de política exterior. Sólo existe preención cuando la medida estatal o local es contraria a “objetivos de política exterior *establecidos*” por el legislador o por el ejecutivo. Pero en el caso presente no se ha podido identificar ninguno de tales objetivos y, antes al contrario, la ley de Arizona está en línea con la intención del legislador de promover y facilitar el libre flujo de información entre los Estados y la administración federal para la identificación de los extranjeros en situación irregular.<sup>97</sup>

El voto particular discrepante del juez Bea va a preparar el camino para una nueva división de opiniones entre los tribunales federales sobre la validez de la sec. 2(b) de la ley de Arizona y de aquellas disposiciones que a su imagen y semejanza se habían aprobado en otros Estados. En efecto, el *Northern District Court* de Alabama (perteneciente al *11th Circuit*) será el primero en responder al *9th Circuit* al resolver también una petición de suspensión cautelar, en este caso de la entrada en vigor de la *House Bill* 56 análoga a la ley de Arizona. La sec. 12(a) de la ley, que “establece las circunstancias en las que los agentes del orden estatales [y locales] deben tratar de comprobar... la situación administrativa de las personas detenidas” es, esencialmente igual a la sec. 2(b) de la SB 1070, y se complementa con la sec. 18 en que se dispone que si una persona no pudiera presentar un permiso válido de conducir, el agente de policía estatal o local deberá intentar comprobar su situación administrativa de extranjería de acuerdo con la sec. 1373(c) USC 8” prohibiendo, en todo caso que el agente efectúe esa comprobación por su cuenta. En *United States v. Alabama*,<sup>98</sup> el tribunal rechaza la suspensión cautelar de las secs. 12(a) y 18, y lo hace siguiendo fielmente en su argumentación el voto discrepante del juez Bea, a quien cita extensamente. Así, tras concluir que “nada en el texto de la INA *expresamente* priva a los Estados del poder para legislar las actividades de verificación del estatus inmigratorio de una persona” y “nada refleja una voluntad por parte del legislador federal de ocupar toda la regulación relativa a la identificación de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país.” La ley federal no ha impedido expresamente, según el tribunal, la regulación estatal considerada. Procede el tribunal entonces a comprobar si lo ha hecho *implícitamente*, para lo cual acoge la interpretación amplia que de la sec. 1357(g) hace el juez Bea en su voto particular, concluyendo que esa disposición no limita la cooperación estatal, especialmente en lo referido a las actividades de identificación de inmigrantes irregulares, a aquellos supuestos en que el Estado ha sido autorizado por la administración federal<sup>99</sup> y la lectura que el juez

<sup>96</sup> *Id.*

<sup>97</sup> *Id.*, pp. 381-82.

<sup>98</sup> *United States v. Alabama (Alabama I)*, 813 F.Supp.2d 1282 (M.D.Ala. 2011).

<sup>99</sup> *Id.*, pp. 1327-28. Fan, “Rebellious State Crimmigration Enforcement and the Foreign Affairs Power,” p. 1298 “in choosing between conflicting state and federal immigration enforcement

del *9th Circuit* había hecho de la sec. 1373(c) que demuestra la voluntad del legislador federal de promover la asistencia de los Estados en la primera etapa de la aplicación de la normativa de extranjería, ayudando a la *identificación* de extranjeros en situación irregular.<sup>100</sup> La sentencia sería confirmada en todos sus extremos por el *11th Circuit Court of Appeals*,<sup>101</sup> aunque la sentencia llegó cuando ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en *Arizona*, por lo se limita a aplicar el criterio que el alto tribunal había, al fin, establecido. Hemos anticipado, pues, que el Tribunal Supremo intervendrá y que lo hará en el sentido de avalar la constitucionalidad de la sec. 2(b) SB 1070, única de las disposiciones de la ley de Arizona que, habiendo sido impugnadas, sobrevivió a su paso por los tribunales.

## 2. Federalismo cooperativo y competencias exclusivas. En especial, en materia de política exterior

La primera aproximación al poder de las autoridades estatales y locales para practicar detenciones por *delitos* tipificados en la legislación federal de extranjería (p. ej. la entrada o reentrada ilegal en el país) la encontramos en un asunto estatal, *People v. Barajas*.<sup>102</sup> En abril de 1976, un agente auxiliar de la policía de Lodi, localidad de la California central, detiene a un individuo como consecuencia de una infracción de tráfico y de estar en posesión de un arma blanca. Tras proporcionar en comisaría un nombre distinto al que usaba habitualmente (y por el que era familiar al agente que había practicado la detención), el detenido respondió a la pregunta sobre su situación administrativa diciendo que disponía de una “tarjeta verde” (de residente) pero que la tenía ‘en casa,’ pero ni siquiera conocía la dirección exacta de su alegado domicilio. Tras ser liberado Barajas, el agente recabó su expediente a los servicios federales de inmigración. De los datos que obraban en él parecía que Barajas había sido previamente expulsado del país por la comisión de un delito, aunque se trataba sólo de una posibilidad, ya que los datos eran incompletos. No obstante, a la vista de toda la información recogida, los agentes de Lodi afirmaron tener una “causa probable”<sup>103</sup> de la comisión del delito

policies, however, the foreign affairs concerns behind the plenary power doctrine call for deference to the national executive.”

<sup>100</sup> *Id.*, pp. 1325.

<sup>101</sup> *United States v. Alabama (Alabama II)*, 691 F.3d 1269 (11th Cir. 2012), pp. 1283-85.

<sup>102</sup> 81 Cal.App.3d 999 (Cal.App., 1978).

<sup>103</sup> Empleamos la expresión ‘detención,’ que es más próxima a nuestro derecho, como equivalente al término técnico del derecho procesal estadounidense *arrest*. Una ‘detención’ es una restricción de la libertad personal que entra dentro del alcance de las garantías previstas en la Cuarta Enmienda a la Constitución frente a registros y restricciones ilegales de la libertad personal. En concreto, el pasaje constitucional especifica que “no se emitirán órdenes... de

de entrada ilegal en el país de un extranjero previamente expulsado (tipificado en la sec. 1326 USC 8) y procedieron a una nueva detención de Barajas, en cuyo poder se encontró, esta vez, una papelina de cocaína.<sup>104</sup>

El *Appellate Court* de California entiende que la segunda detención fue legal, que la “causa probable” existía y que por tanto el posterior descubrimiento de la droga en poder de Barajas fue válido. El tribunal dedica buena parte de su argumentación a rechazar la interpretación propuesta por Barajas, que sostenía que la colaboración estatal o local quedaba limitada a la persecución del delito de tráfico de inmigrantes irregulares (sec. 1324 USC 8), único entonces por el que la legislación federal permitía efectuar detenciones a los agentes estatales y locales (recuérdese que el precepto se refiere a “cualquier otro agente cuya función consista en la persecución del delito”).<sup>105</sup> En cambio, los otros dos tipos penales que, junto con la sec. 1324, fueron introducidos en la INA en 1952 (entrada, sec. 1325 USC 8 y reentrada ilegales, sec. 1326 USC 8) no contaban con una habilitación similar, razón por la cual esos preceptos sólo podrían ser aplicados por las autoridades federales.<sup>106</sup>

El tribunal se basa en la historia legislativa de la propia sec. 1324(c) para rechazar la interpretación propuesta. La versión aprobada inicialmente por el Senado permitía la persecución del delito a un agente o empleado del [ICE] autorizado por el *Attorney General*, y a “cualquier otro agente *de los Estados Unidos*

detención sino con causa probable,” (Enm. Cuarta U.S. Const.). Es clara la preferencia del sistema procesal penal en favor de la detención practicada previa valoración judicial de la existencia de ‘causa probable.’ Sin embargo, un número abrumador de detenciones se lleva a cabo por la policía sin intervención judicial *a priori* (*warrantless arrest*). La opinión es unánime en el sentido de exigir también como condición de su validez la concurrencia de ‘causa probable’ (*probable cause*), la cual implica que como consecuencia de la información obtenida por la policía en el curso de diligencias previas de investigación, existe la *probabilidad* de que se ha cometido un delito, que implica y de que la persona detenida es responsable. La ponderación de la probabilidad exige “más que una simple sospecha” pero “no la existencia de elementos probatorios directos,” *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949), p. 175. Los tribunales han observado un concepto flexible de ‘causa probable,’ un estándar que remite a la existencia de hechos objetivables que llevarían a cualquier hombre prudente y razonable a creer, atendiendo a la totalidad de las circunstancias, que se ha podido cometer algún delito, *p. ej.* *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964). Aunque es cierto que la existencia de causa probable se ha de observar desde la perspectiva, no del hombre medio, sino de un prudente, juicioso y razonable agente de policía guiado por su experiencia y entrenamiento, *p. ej.*, *United States v. Ortiz*, 422 U.S. 891.

Téngase en cuenta, por tanto, que *Barajas* y otros ejemplos que veremos más adelante, defienden que la detención puede practicarse por un agente estatal o local precisamente porque existe ‘causa probable’ de que el detenido ha cometido una infracción penal de extranjería (*p. ej.*, haber entrado de manera ilegal en el país).

<sup>104</sup> *Barajas* 81 Cal.App.3d, pp. 1003 y 1007.

<sup>105</sup> Ver Cap. II, D.2.

<sup>106</sup> Esta interpretación se sostuvo, en un trabajo de 1975, por Chapman y Kane, “Illegal Aliens and Enforcement,” pp. 145-46; y más actualmente se ha defendido por Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” pp. 1092-93.

cuya función consista en la persecución de delitos” (cursiva añadida); es decir, sólo a autoridades *federales*. Mientras, ninguna limitación similar se contenía en las secs. 1325 y 1326, por lo que los delitos que en ellas se tipificaban podrían ser perseguidos no sólo por los agentes federales, sino también por *estatales y locales*. El texto finalmente aprobado en la Cámara de Representantes, en cambio, suprimió expresamente las palabras “de los Estados Unidos” y ello sólo podía significar que se eliminaban las restricciones a las potestades aplicativas de los agentes estatales y locales. Pero esta expansión de la autoridad para perseguir el delito de la sec. 1324(c) no podía interpretarse, al mismo tiempo, como una correlativa limitación de las secs. 1325 y 1326. Por el contrario, de manera implícita, se homogeneizó completamente la autoridad para aplicar los tres preceptos, de modo que tanto las autoridades federales como las estatales o locales pueden efectuar detenciones por los delitos tipificados en ellas. Las facultades que los agentes estatales y locales tienen para detener, entiende el tribunal, se extienden por igual a los delitos de las secs. 1324 (tráfico de inmigrantes irregulares), 1325 (entrada ilegal), y 1326 (nueva entrada ilegal tras previa expulsión), USC 8. El tribunal va incluso más allá leyendo en el derecho federal no ya sólo una habilitación a los Estados sino una verdadera compulsión: “la cláusula de supremacía es una espada de doble filo, y en ausencia de una limitación [impuesta por el legislador], los Estados están *obligados* por ella a perseguir las violaciones de las leyes federales de inmigración. Las leyes de los Estados Unidos forman parte del ordenamiento de cada Estado como si estuvieran escritas en el mismo derecho positivo estatal.”<sup>107</sup> Sin embargo, como hemos visto en el epígrafe anterior, hoy difícilmente puede defenderse que el derecho federal tenga siquiera la capacidad para obligar a la maquinaria administrativa de los Estados a perseguir delitos previstos en las leyes nacionales.

Una reflexión más articulada sobre el alcance de la legislación federal la encontramos en *Gonzales v. City of Peoria*,<sup>108</sup> que aún hoy constituye la referencia principal en la materia. Once residentes de Maricopa County (Arizona), uno de ellos ciudadano norteamericano y los otros residentes permanentes, demandan a la ciudad de Peoria exponiendo que entre los años 1977 y 1981, los agentes locales habían adoptado la práctica de interceptar y detener a personas de origen mexicano sin que existiera sospecha alguna de que hubieran cometido una infracción, “tan sólo por su aspecto y su raza.”<sup>109</sup> Los propios demandantes habían sido detenidos en un parking, en un centro comercial o en una oficina de correos por

<sup>107</sup> *Barajas*, 81 Cal.App.3d, p. 1006.

<sup>108</sup> 722 F.2d 468 (9th Cir.1983).

<sup>109</sup> *Id.*, p. 472.

“encajar en el perfil de un inmigrante irregular,” o por su “conducta sospechosa.”<sup>110</sup> Entre las varias alegaciones relativas a la violación de derechos sustantivos se planteó la cuestión de si los agentes estatales y locales podían efectuar detenciones como consecuencia de la comisión de infracciones federales de extranjería. Los demandantes defendieron que la aplicación de la normativa de extranjería era una competencia federal exclusiva y que por tanto la policía estatal y local carecía de poder alguno para perseguir las infracciones que aquella contemplaba.

El *9th Circuit Court of Appeals* respondió poniendo de manifiesto que la Ciudad de Peoria tan sólo se arrogaba el poder para aplicar las disposiciones *penales* del marco regulador federal de extranjería, en particular la sec. 1325 USC 8 que, como sabemos, castiga la entrada no autorizada en el territorio nacional. La investigación y persecución de las infracciones penales de extranjería por los agentes estatales y locales “no presenta ningún conflicto *inherente* con los intereses normativos nacionales. La ejecución federal y la local tienen un propósito idéntico: que se sancione el delito de entrada ilegal.”<sup>111</sup> El tribunal, no obstante, asume que los poderes estatales o locales de ejecución quedan excluidos cuando la regulación federal es tan exhaustiva que no deja espacio para la actividad a nivel subfederal. Es decir, cuando cabe deducir la intención del legislador de establecer un monopolio federal de las competencias de ejecución. Así ocurriría, según el tribunal, con el régimen *administrativo* que regula el proceso migratorio. Pero las disposiciones que tipifican las infracciones penales de extranjería “son pocas en número y relativamente simples en sus términos. No están sustentadas, ni podrían estarlo, por una estructura administrativa compleja. Por tanto no puede inferirse una intención de las autoridades nacionales de ocupar completamente el ámbito de la aplicación de los *delitos* de extranjería.”<sup>112</sup> El ordenamiento federal no extingue, por tanto, las facultades de las autoridades subfederales para aplicar las disposiciones penales del régimen de extranjería, sin que pueda interpretarse, como ya quedó claro en *Barajas* y repite ahora el tribunal, que la expresa autorización para perseguir un delito concreto, el de tráfico de inmigrantes irregulares (contenida en la sec. 1324(c) USC 8) constituya una limitación implícita de la autoridad de los agentes locales y estatales para perseguir otros posibles delitos de extranjería (en particular los de entrada y reentrada ilegales).

Si la legislación federal no tiene efecto preentivo, quiere decir que es el derecho del Estado el que determina si la detención es o no válida, en coherencia con el criterio sostenido en *Di Re* más arriba expuesto. Teniendo en cuenta que la entrada ilegal en el país es un delito leve (*misdemeanor*), y que la legislación de

<sup>110</sup> *Id.*, pp. 478-79.

<sup>111</sup> *Id.*, p. 474.

<sup>112</sup> *Id.*, p. 475.

Arizona permite la detención, sin previa orden judicial, entre otras circunstancias, cuando exista “causa probable... de que se ha cometido un *delito leve* y de que la persona que va a ser detenida lo ha cometido,” el *9th Circuit* concluye que la detención por el delito de la sec. 1325, a la luz del derecho estatal, es válida. De igual forma, la referencia en el derecho estatal a la facultad para detener por la comisión de *delitos*, implica que “la detención de una persona por estancia irregular excede del poder que atribuye el derecho estatal a la policía de Peoria”<sup>113</sup> ya que se trata de una mera infracción administrativa (federal). Esta segunda parte del razonamiento del tribunal a la vista del derecho estatal era innecesaria; ya había concluido que la ejecución del régimen administrativo federal quedaba reservada a la administración nacional.

Como puede bien aventurarse, otros supuestos pueden ser más problemáticos. Es posible que el lenguaje empleado por la regulación estatal de la detención restrinja implícitamente la facultad para detener por *delitos previstos en el ordenamiento del Estado* (al referirse, p. ej., a la autoridad de los agentes para detener a quienes hubieran infringido “cualquier ley del Estado” o a quienes hubieran incurrido en una conducta tipificada como delito “en este Estado”).<sup>114</sup> También puede suceder que los límites que todos los derechos de los Estados prevén para la detención sin previa orden judicial excluyan indirectamente la facultad de la policía para practicar detenciones por determinados delitos federales. Ello sucede, especialmente, porque algunos ordenamientos sólo permiten la detención sin orden judicial por *delitos leves* cuando se hayan cometido *en presencia del agente*.<sup>115</sup> Así, por ejemplo, siendo la (primera) entrada ilegal en el país, como sabemos, un delito leve, es posible que en esos Estados no se puedan llevar a cabo detenciones salvo que el delito se perpetre *en presencia* del agente. Dejando a un lado el caso, excepcional, de que un agente local o estatal observe directamente cómo un extranjero traspasa subrepticamente la frontera por un punto no autorizado, que pueda detenerse por el delito de (primera) entrada ilegal dependerá de que sea considerado un delito continuado, o no, y los tribunales han interpretado que se trata de un delito de mera actividad que se consuma una vez se ha

<sup>113</sup> *Id.*, pp. 475-76.

<sup>114</sup> Ver los ejemplos ofrecidos *supra*, n8.

<sup>115</sup> Es, de hecho, la norma de derecho común que rige en defecto de regulación estatal en contrario, Bach, “State Law to the Contrary,” pp. 80-83, y que, además, ha sido confirmada expresamente por numerosos ordenamientos estatales: p. ej., *Indiana Code* § 35-33-1-1(a) “a law enforcement officer may arrest a person when the officer has... probable cause to believe the person is committing or attempting to commit a misdemeanor in the officer’s presence;” *Michigan Compiled Laws* § 764.15 “a police officer, without a warrant, may arrest a person where a... misdemeanor... is committed in the officer’s presence;” *Washington Revised Code*. § 10.31.100 “a police officer may arrest a person without a warrant for committing a misdemeanor or gross misdemeanor only when the offense is committed in the presence of the officer”).

completado la entrada.<sup>116</sup> Por ello, cuando se exija que el delito leve se haya cometido en su presencia, el agente no podrá practicar una detención por el delito de (primera) entrada ilegal. Otra cosa ocurrirá cuando se trate de delitos continuados, aunque sean calificados de leves,<sup>117</sup> o cuando se trate de delitos graves.<sup>118</sup>

El criterio sentado en *Gonzales* ha tenido refrendo tanto en jurisprudencia posterior<sup>119</sup> como en el trabajo del *Office of the Legal Counsel* (OLC),<sup>120</sup> que elaboró un Dictamen en 1996<sup>121</sup> en el que, al tiempo que excluía la aplicación a nivel

<sup>116</sup> Consideran que *no* es un delito continuado, *p. ej.*, *Gonzales v. City of Peoria*, 722 F.2d 468 (9th Cir.1983), pp. 473-74; *United States v. Rincon-Jimenez*, 595 F.2d 1192, (9th Cir.1979), p. 1194; *U.S. v. Cavillo-Rojas*, WL 563885 (4th Cir.2013), p. 9-10; *Gates v. Superior Court*, 193 Cal.App.3d 205 (1987), pp. 215-16.

<sup>117</sup> *P. ej.*, El delito, leve, que comete el extranjero que no cumple con la obligación de registro que le impone el derecho federal (sec. 1306 USC 8), es una infracción continuada, *United States v. Franklin*, 188 F.2d 182 (7th Cir. 1951). Téngase en cuenta, no obstante, que normalmente la administración federal exime de la obligación de registrarse y únicamente exige cumplimentar el modelo I-94 Arrival-Departure Record.

<sup>118</sup> La expresión “se hallare en” los Estados Unidos empleada en la tipificación del delito de nueva entrada ilegal del extranjero previamente expulsado ha llevado a los tribunales a concluir que es una infracción continuada, que termina en el momento en que el infractor es descubierto, *U.S. v. Ruelas-Arreguin*, 219 F.3d 1056 (9th Cir. 2000). No obstante, al tratarse de un delito grave (*felony*) la detención podrá efectuarse por las autoridades estatales y locales en todo caso, si bien siempre exigirá la existencia de una sospecha particularizada de que se ha cometido el delito de nueva entrada ilegal, algo que difícilmente sucederá de forma separada e independiente a la sospecha de que simplemente se ha cometido el delito de (primera) entrada no autorizada.

<sup>119</sup> *P. ej.*, *In Re Jose C.*, 198 P.3d 1087 (Cal. 2009), “Congress has established a regime of cooperative federalism, in which local, state, and federal governments may work together to ensure the achievement of federal *criminal* immigration policy;” *U.S. v. Daigle*, WL 1692648, (D.Me.,2005) y *U.S. v. Laville*, WL 319001 (D.Virgin Islands,2006) ambos avalando la detención efectuada por un agente local, de un municipio fronterizo, por el delito de entrada ilegal en el territorio nacional; *United States v. Gujjon-Ortiz*, 660 F.3d 757 (4th Cir.2011), considerando legal la detención por el delito de utilizar documentación de inmigración falsificada.

<sup>120</sup> El Presidente puede “solicitar la opinión por escrito del encargado de cada uno de los ministerios del ejecutivo sobre cualquier asunto relacionado con las obligaciones de sus respectivos cargos,” (art. II, sec. 2, cl. 1 U.S. Const.) entre ellas, en lo que aquí más nos interesa, la de “velar por que se cumplan fielmente las leyes” (art. II, sec. 3 U.S. Const.). Las funciones de asistencia jurídica al Presidente las desempeña, en esencia, el *Attorney General* quien a su vez, ha delegado en el *Office of the Legal Counsel* (OLC), creado en 1950 y que, entre sus funciones, incluye las de revisar la constitucionalidad de las leyes y de las *Executive Orders* que se pretendan aprobar, e incluso la solución de las disputas entre agencias. Su principal tarea, en todo caso, es la que proporcionar asistencia jurídica a los ministerios, al *Attorney General* y al propio Presidente. Sec. 0.25(a) CFR 28. Véase McGinnis, “Models of the Opinion Function of the Attorney General,” p. 380 y, para una referencia más actual de las funciones del OLC, U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, *Memorandum for Attorneys of the Office. Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions* (Washington DC, 2010). Para la cuestión, más importante, del valor jurídico de los dictámenes del OLC, véase más adelante en el texto principal.

<sup>121</sup> Memorandum Opinion for the United States Attorney, Southern District of California from Teresa Wynn Roseborough, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, “Assistance by State and Local Police in Apprehending Illegal Aliens,” de 5 de febrero de 1996.



subfederal del régimen administrativo de extranjería recordaba que “es algo unánimemente admitido que las fuerzas del orden estatales pueden aplicar las leyes federales siempre que su actividad no perjudique los intereses regulatorios nacionales... Este principio general se extiende a la ejecución estatal de la disposiciones *penales* de la INA.” Al mismo tiempo hace dos matizaciones que ya nos son conocidas: “el ordenamiento federal no exige a las agencias estatales que asistan en la ejecución de la legislación federal de extranjería” ni por ello “los Estados están obligados a permitir a sus agentes” que puedan detener por infracciones de extranjería, es más, añadimos nosotros, sería inconstitucional un mandato federal en ese sentido, y “la autoridad aplicativa de la policía estatal está sometida a las disposiciones y limitaciones del derecho estatal.”<sup>122</sup>

### 3. Control de la inmigración y retórica de la exclusividad federal ¿límite efectivo para los Estados?

En el modelo de los Estados Unidos, los Estados no tienen una competencia natural o endógena para ejecutar el ordenamiento federal de forma autónoma. Por el contrario, la capacidad de la administración estatal para exigir coactivamente el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una ley federal, para aplicar las consecuencias sancionadoras previstas o para impetrar de los tribunales (normalmente federales) la aplicación de la ley, dependen del diseño del legislador nacional.

En el ámbito sancionador rige, en sentido estricto, ese mismo principio de que los Estados no pueden ejecutar autónomamente el derecho federal. La decisión está en manos del legislador federal y su diseño, en este caso, atribuye jurisdicción exclusiva a los tribunales federales para juzgar delitos federales,<sup>123</sup> y niega expresamente a los ministerios fiscales estatales competencia para instruir causas por infracciones del derecho nacional.<sup>124</sup> Cuestión distinta es el alcance del poder del legislador para reordenar, llegado el caso, esas competencias de ejecución.<sup>125</sup>

Original disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/02/31/op-olc-v020-p0026.pdf>. [Memorandum OLC 1996].

<sup>122</sup> Dictamen OLC 1996, p. 29.

<sup>123</sup> Sec. 3231 USC 18: “The district courts of the United States shall have original jurisdiction, *exclusive of the courts of the States*, of all offenses against the laws of the United States.”

<sup>124</sup> Sec. 516 USC 28: “Except as otherwise authorized by law, the conduct of litigation in which the United States, an agency, or officer thereof is a party, or is interested, and securing evidence therefor, is *reserved to officers of the Department of Justice*, under the direction of the Attorney General.”

<sup>125</sup> *Cf. p. ej.*, Krent, “Executive control over criminal law enforcement,” pp. 303-9 para quien no hay obstáculo alguno para que el legislador federal confiera a las autoridades judiciales o

La respuesta es compleja ya que si bien no habría problema en que el legislador permitiera e incluso ordenara a los tribunales estatales a juzgar delitos federales,<sup>126</sup> la estructura constitucional impide que se imponga coactivamente a las administraciones estatales la aplicación del ordenamiento federal (*anticommandeering rule*) y que por tanto se imponga a los ministerios fiscales de los Estados la obligación de perseguir las infracciones previstas en el derecho federal.

Pese a lo dicho, tradicionalmente se ha venido reconociendo a los Estados la posibilidad de participar, en cierta medida, en la ejecución del derecho sancionador federal, sin necesidad de la autorización del legislador. Michael Di Re fue detenido, sin previa orden judicial, cuando se encontraba en compañía de otros dos hombres a los que se acusa de posesión de cupones de gasolina falsificados. Cuando es conducido a comisaría y se procede al registro del detenido, se hallan también en su poder cupones falsos de racionamiento. Di Re cuestiona la constitucionalidad de la detención por varias razones, entre ellas que el *agente estatal* que la había llevado a efecto carecía de la competencia necesaria para hacerlo, al tratarse de un *delito federal*. Cuando se planteó ante el Tribunal Supremo la cuestión de qué ordenamiento, el federal o el estatal, resuelve si un agente de policía del Estado puede llevar a cabo una *detención* por una *infracción federal*, la respuesta que dio en *United States v. Di Re*,<sup>127</sup> fue que, *en ausencia de regulación federal*, es el *derecho del Estado el que determina si la detención es posible*.<sup>128</sup> Partiendo de la base de que no existía tal normativa federal, había que analizar la legislación del Estado de Nueva York para saber si la detención era válida.

Según la regulación estatal, los supuestos limitados en que las fuerzas del orden pueden practicar una detención sin previa orden judicial se limitaban a tres: cuando se trate de un *delito cualquiera* que se haya consumado o intentado *en presencia del agente*; aunque el agente no estuviera presente, cuando la persona detenida haya cometido un *delito grave (felony)*; cuando se ha cometido efectivamente un *delito grave*, y existe causa razonable para creer que la persona detenida es el responsable. Según el derecho federal, la posesión de cupones de racionamiento es un *delito leve (misdemeanor)*, mientras que la venta es un *delito grave (felony)*. Siendo así las cosas, el Tribunal anuló la detención de Di Re, mientras que consideró válidas las de los otros dos hombres. Uno de ellos llevaba los cupones a la vista (posesión, delito leve, pero cometido en presencia del

administrativas estatales el poder para perseguir a sus ciudadanos por infracciones de las leyes federales; con Collins y Nash, "Prosecuting Federal Crimes in State Courts," p. 251 quien cree que el federalismo dual ha imperado históricamente en la aplicación judicial del derecho penal y que hay impedimentos constitucionales, difícilmente salvables, a la delegación en los aparatos judiciales y administrativos estatales.

<sup>126</sup> Testa v. Katt, 330 U.S. 386, 392 (1947), p. 392.

<sup>127</sup> 332 U.S. 581 (1948).

<sup>128</sup> *Id.*, pp. 589-90.

agente), el otro había sido identificado por una informante de la policía como un traficante de cupones de racionamiento (venta, delito grave, no es necesario que se sorprenda *in fraganti* al responsable). En cambio *Di Re*, fue detenido tan sólo por encontrarse en la compañía de los otros dos hombres, algo que no justifica la detención sin previa orden, a la vista de su regulación en el Estado de Nueva York.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha reiterado que son las normas constitucionales y las leyes del Estado las que determinan, en cada caso, y en ausencia de legislación federal, el alcance de las facultades de las autoridades estatales y locales para practicar una detención sin previa orden judicial.<sup>129</sup> En general, los ordenamientos estatales no prestan atención expresa a la cuestión de si se pueden practicar o no detenciones por delitos federales, aunque el lenguaje empleado en cada caso se ha utilizado como elemento indicativo de una habilitación o de una restricción implícita.<sup>130</sup> Al mismo tiempo, debe tenerse presente que si bien el legislador federal, en ejercicio de su poder preentivo, podría excluir toda facultad de los Estados para la detención por infracciones federales (recuérdese que el razonamiento en *Di Re* presupone la ausencia de legislación federal en la

<sup>129</sup> *Johnson v. United States*, 333 U.S. 10 (1948), p. 15 y n5; *Miller v. United States*, 357 U.S. 301 (1958), p. 305; *Ker v. California*, 374 U.S. 23 (1963), p. 37-8.

<sup>130</sup> La mayor parte de los ordenamientos estatales permiten detener por cualquier infracción, sin distinguir entre delitos estatales o federales (aunque, eso sí, todos ellos limitan las circunstancias en que se puede practicar una detención sin previa orden judicial) lo que se ha interpretado por los tribunales como reconocimiento implícito de la facultad para detener por infracciones federales. *P. ej.*, *California Penal Code*, § 830.1, “the authority of these peace officers extends to any place in the state, as to *any public offense* committed or which there is probable cause to believe has been committed;” *Pennsylvania Consolidated Statutes* § 8952(l) “any duly employed municipal police officer shall have the power and authority to enforce the laws of this Commonwealth or otherwise perform the functions of that office anywhere within his primary jurisdiction as to... *any offense* which the officer views or otherwise has probable cause to believe was committed within his jurisdiction.” *Illinois Compiled Statutes* 5/107-2(1): “a peace officer may arrest a person when ... he has reasonable grounds to believe that the person is committing or has committed *an offense*,” redacción de la que se ha inferido que los agentes del Estado de Illinois pueden detener por delitos federales, *United States v. Janik*, 723 F.2d 537 (7<sup>th</sup> Cir. 1983), p. 548. Hay derechos estatales que expresamente incluyen las infracciones federales, *p. ej.*, *Connecticut General Statutes* § 53a-24 “the term ‘offense’ means *any crime or violation which constitutes a breach of any law of this state or any other state, federal law or local law or ordinance of a political subdivision of this state...*”

Por el contrario, hay regulaciones que dificultan la conclusión de que los Estados pueden detener por delitos federales. *P. ej.*, *Maine Revised Statutes* § 15-704: “every sheriff, deputy sheriff, constable, city or deputy marshal, or police officer shall arrest and detain persons found violating *any law of the State or any legal ordinance or bylaw of a town*, until a legal warrant can be obtained and may arrest and detain such persons against whom a warrant has been issued though the officer does not have the warrant in his possession at the time of the arrest;” *Nevada Revised Statutes* § 171.172 “any peace officer of this state in fresh pursuit of a person who is reasonably believed by the police officer to have committed . . . or attempted to commit, *any criminal offense in this state* in the presence of such officer ... may hold in custody such person anywhere in this state.”; *Ohio Revised Code* § 2935.03 “arrest and detain, until a warrant can be obtained, a person found violating, ... *a law of this state, an ordinance of a municipal corporation, or a resolution of a township.*”

materia), no podría en cambio imponer a las policías estatales la *obligación* de detener por la comisión de infracciones federales, pues ello sería inconstitucional a la vista de la *anticommandeering rule*. Ni la prohibición ni el mandato existen en el ordenamiento federal. En cambio, este se ha limitado a sumar al poder pre-existente de los Estados para regular autónomamente el proceso penal en general y la detención, en particular, una invitación a esa forma de participación en la ejecución del derecho penal federal.<sup>131</sup> Aunque, insistimos, dependerá del Estado aceptar, aunque sea implícitamente, la invitación federal, y será su propio derecho el que, como tuvo ocasión de precisar *Di Re*, determinará la legalidad de la detención en cada caso.

Limitada la participación de los Estados al estadio inicial de la ejecución del derecho sancionador federal, con la detención y el aseguramiento del responsable, queda claro también que las administraciones estatales no pueden ejecutar de forma autónoma y en su integridad el derecho penal nacional. Cuando las fuerzas del orden efectúan una detención por la infracción del derecho federal, son las autoridades federales las que deciden si continuar ejercitando la acción penal a los efectos de lograr una sentencia de condena, y será en todo caso un órgano jurisdiccional federal el que resolverá sobre la culpabilidad del acusado.<sup>132</sup>

## **D. El Presidente, la administración federal y la ejecución del derecho de extranjería**

Hasta ahora hemos hecho una exposición de las formas que ha adoptado la resistencia de los Estados y entidades locales a la cooperación en la ejecución del derecho federal de extranjería y, en qué medida, han encontrado en la Constitución nacional cierta protección frente a los mandatos federales. Es cuestión ahora de

<sup>131</sup> Sec. 3041 USC 18: “For *any offense against the United States*, the offender may, by any justice or judge of the United States, or by any United States magistrate judge, or by any chancellor, judge of a supreme or superior court, chief or first judge of the common pleas, mayor of a city, justice of the peace, or other magistrate, *of any state where the offender may be found*, and at the expense of the United States, be arrested and imprisoned or released..., as the case may be, *for trial before such court of the United States* as by law has cognizance of the offense...” La disposición fue introducida en junio de 1948, tras *Di Re* (que se resuelve en enero), aunque no hemos sido capaces de establecer una relación directa.

Por otra parte, mediando orden judicial, la Regla 4(a)(1) de las Federal Rules of Criminal Procedure, establece: “an arrest warrant shall be executed by a marshal *or by some other officer authorized by law*,” referencia esta última que los tribunales han interpretado como inclusive de las fuerzas del orden estatales y locales. *P. ej.*, *United States v. Bowdach*, 561 F.2d 1160 (1977), pp. 1167-68 y *Gill v. United States*, 421 F.2d 1353 (1970), p. 1355.

<sup>132</sup> *Cf.* Sec. 3041 USC 18, que permite la detención por infracciones federales, con las secs. 3231 USC 18 y 516 USC 28, que atribuyen a la competencia exclusiva de la administración y los jueces federales acusar y juzgar delitos previstos en el ordenamiento nacional.

analizar los límites de esa protección de la autonomía estatal. Primero, los límites internos de la *anticommandeering rule*, y si hay posibilidad de que el legislador federal, sin quebrantar sus exigencias, pueda imponer algún tipo de mandato a las administraciones subfederales. Segundo, estudiaremos las posibles vías para que el legislador federal obtenga indirectamente, ejercitando su poder preventivo o estableciendo condiciones a la financiación de determinados programas, lo que no puede alcanzar directamente, esto es la participación de los Estados y entidades locales en la persecución de la inmigración irregular.

## 1. El poder presidencial en materia de inmigración

En tiempos recientes,<sup>133</sup> bajo el objetivo común de facilitar la integración de los extranjeros en las comunidades en las que residen, Estados y entidades locales se han decidido a ensayar medidas que han tenido el efecto de construir un marco de protección para los inmigrantes irregulares residentes en su territorio. Así, varias ciudades (p. ej., San Francisco, New Haven) han facilitado documentos municipales de identidad a los extranjeros residentes, cualquiera que sea su situación administrativa, para que puedan acceder a los servicios locales, identificarse ante la policía local, o interactuar con terceros, si estos los admiten como medio de identificación (p. ej., para abrir una cuenta bancaria, cobrar un cheque o recoger un paquete de las oficinas postales); algunos Estados han permitido que los inmigrantes irregulares, y en especial los que se han beneficiado de las medidas administrativas que han diferido en el tiempo su expulsión (DACA), puedan obtener permiso de conducir, han reconocido su derecho a acceder a las ayudas estatales a la educación superior<sup>134</sup> y a prestaciones sanitarias, o les han permitido el ejercicio de profesiones reguladas.<sup>135</sup> Muchas de estas medidas corren el riesgo de entrar en conflicto con el ordenamiento federal y, por tanto, quedar sin

<sup>133</sup> Ramakrishnan y Gulasekaram, *The New Immigration Federalism*, pp. 120-27 señalan la proliferación de las medidas subfederales favorecedoras de la integración de los extranjeros a partir de 2012 como consecuencia de tres factores: la sentencia del Tribunal Supremo en *Arizona v. United States* en junio de 2012, las medidas adoptadas por el gobierno al poco tiempo por las que se suspendía la expulsión de determinadas categorías de extranjeros (DACA), y las elecciones presidenciales de noviembre de ese mismo año.

<sup>134</sup> El Tribunal Supremo prohibió que los Estados pudieran restringir el acceso a la educación básica, incluso a los inmigrantes irregulares, aunque no sobre la base de la distribución de competencias, sino en virtud de las garantías sustantivas que proporciona el principio de protección equitativa de las leyes (Decimocuarta Enmienda). *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>135</sup> Para las medidas de integración más actuales, Ramakrishnan y Gulasekaram, *The New Immigration Federalism*, pp. 127-41, Motomura, *Immigration Outside the Law*, pp. 146-154. Para una referencia de las iniciativas anteriores, Rodríguez, "The Significance of the Local in Immigration Regulation," pp. 581-609.

efecto.<sup>136</sup> En todo caso, se trata, de nuevo, de un ejercicio de autonomía con el que el legislador nacional podría arramblar con un golpe de legislación.

Algunos autores han señalado que el conjunto de políticas puestas en práctica para la integración de extranjeros ha creado una verdadera ciudadanía subfederal *de facto*.<sup>137</sup> Algunas tentativas, no consumadas, han pretendido incluso atribuir *formalmente* la condición de ciudadanos del Estado a los extranjeros residentes, incluidos los irregulares,<sup>138</sup> llegando a reconocer como parte de ese estatus el de-

<sup>136</sup> El entramado de normas federales que deben sortear los Estados es denso. Así, se prohíbe, de modo general a los Estados y entes locales reconocer a los inmigrantes irregulares el derecho a cualquier “ayuda pública” salvo que el Estado lo haga expresamente mediante una norma aprobada al efecto, y se define “ayuda pública” como: “(A) any grant, contract, loan, professional license, or commercial license provided by an agency of a State or local government or by appropriated funds of a State or local government; and (B) any retirement, welfare, health, disability, public or assisted housing, postsecondary education, food assistance, unemployment benefit, or any other similar benefit for which payments or assistance are provided to an individual, household, or family eligibility unit by an agency of a State or local government or by appropriated funds of a State or local government.” Sec. 1621 USC 8. Por tanto, cobertura sanitaria, ayudas a la educación superior, el derecho a acceder a profesiones reguladas u obtener una autorización de apertura de negocio o licencia comercial dependen de un reconocimiento expreso por parte del legislador estatal.

En especial, en lo relativo al permiso de conducir, y aunque la competencia para regularlos sigue siendo estatal, la *REAL ID Act* de 2005, estableció estándares mínimos que debían satisfacer los Estados en la expedición de los permisos para que pudieran ser aceptados a efectos oficiales por las autoridades federales. Significativamente, se exige para que pueda aceptarse que el Estado requiera prueba documental válida al solicitante de que se encuentra legalmente en los Estados Unidos. Pub.L. 109-13, Div. B, sec. 202. Algunos Estados han preferido expedir permisos a inmigrantes irregulares aun sabiendo que el permiso de conducir estatal no será reconocido como un medio de identificación válido ante las autoridades federales.

Por otra parte, la ley federal prohíbe que los Estados garanticen a los inmigrantes irregulares, por razón de residencia, el acceso a las tasas públicas universitarias en las mismas condiciones que el resto de residentes, si no se garantiza ese mismo derecho también a cualquier ciudadano de fuera del Estado. Sec. 1623 USC 8. Ello ha obligado a algunos Estados a operaciones de ingeniería legislativa para salvar sus normativas, p. ej., reconociendo el derecho a cualquiera que haya cursado estudios al menos tres años en un centro de educación secundaria situado en el Estado; puesto que no emplea el criterio de la residencia, el *California Supreme Court* declaró que no era contrario a la ley federal. *Martinez v. Regents of the University of California*, 241 P.3d 855 (Cal. 2010)).

<sup>137</sup> *P. ej.*, Villazor, “Sanctuary Cities and Local Citizenship,” p. 59: “en conjunto, todas estas medidas de integradoras... han ayudado a convertir a los inmigrantes indocumentados en miembros de la comunidad local.” Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 560 “estas medidas [de integración] no son sólo pro-inmigrante. Al contrario, reflejan una solidaridad social y un sentido de pertenencia a la comunidad en aquellos que no pertenecen plenamente a la comunidad nacional. Conjuntamente, constituyen una forma de ciudadanía local para los extranjeros.” Ramakrishnan y Colbern, “The California Package,” p. 11 “al proporcionar a los inmigrantes irregulares mayores oportunidades de desarrollar su vida, a través de la asistencia sanitaria, la educación y la posibilidad de acceder a un empleo, oportunidades que expresamente el derecho federal les niega o deja desatendidas, [las medidas de integración] funcionan conjuntamente como una forma autónoma de ciudadanía estatal de facto ... y poseen la virtud de ser más flexibles al no estar confinadas en un estatus formal de ciudadanía.”

<sup>138</sup> *P. ej.*, la S. 776, *New York is Home Act*, propuesta en 2014 y aún en tramitación. Ver Peter L. Markowitz, Ted Ruthizer, Peter Spiro y Rose Cruz Villazor, *Citizen of the State of New York*,

recho de sufragio en elecciones estatales y locales. No podemos entrar aquí a analizar la compleja cuestión de las relaciones entre la ciudadanía estatal y federal, pero sí debemos detenernos en una cuestión. Para algunos, si bien los Estados en ningún caso pueden conferir la ciudadanía federal, la ciudadanía estatal o local se situaría en un ámbito de competencia exclusiva de los Estados o entidades locales, y sería, por ello, el resultado del ejercicio de un poder que la estructura federal necesariamente atribuye a los Estados y que el legislador federal tiene constitucionalmente prohibido desplazar (*preempt*).<sup>139</sup> Creemos que es muy aventurado afirmar tal cosa. *Primero*, como inmediatamente tendremos ocasión de ver, las protecciones constitucionales que los Estados encuentran frente al poder federal, sino inexistentes, no les garantizan ámbitos exclusivos de regulación o de iniciativa. *Segundo*, aún aceptado que la atribución formal de la condición de ciudadano estatal sea competencia exclusiva del Estado, no creemos que nadie pueda negar la posibilidad de que el legislador federal, cambiando el *estatus quo* actual que deja cierto espacio a los Estados, pueda prohibir definitiva y fatalmente medidas de integración como las arriba descritas.<sup>140</sup> Con lo que, sí, se podría atribuir formalmente la condición de ciudadano estatal, pero esa ciudadanía sería una cáscara vacía *de facto*, pues no transmitiría derecho alguno. *Por último*, en todo caso, la administración federal siempre conserva el poder para aplicar el ordenamiento de extranjería en el territorio del Estado y expulsar al extranjero que se encuentra irregularmente en los Estados Unidos, por mucho que haya sido investido de la condición de “ciudadano” estatal.

Varios Estados y numerosas entidades locales han emprendido una acción más directa de resistencia frente a los poderes federales, eliminando toda forma de cooperación o participación de sus aparatos administrativos en la aplicación del ordenamiento federal de extranjería. Son, como podrá imaginarse, las medidas que más nos interesa analizar ahora y a las que se ha englobado bajo la denominación de movimiento ‘santuario.’ Este movimiento nace en el contexto de la avalancha de refugiados y solicitantes de asilo que llegó a los Estados Unidos procedente de las repúblicas centroamericanas de Guatemala y El Salvador, a resultas de las guerras civiles que vivieron los dos países en la década de los años 80 y

NY Times – Room for Debate, disponible en <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/06/24/is-state-citizenship-the-answer-to-immigration-reform/state-citizenship-is-a-national-solution-to-immigration-reform>.

<sup>139</sup> P. ej., Markowitz, “Undocumented No More” pp. 889-895, y Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 568.

<sup>140</sup> El propio Markowitz, “Undocumented No More” pp. 895-902, de forma un tanto contradictoria, se enfrasca en defender detalladamente que el poder estatal para atribuir la condición de ciudadano del Estado no ha sido desplazado por la legislación federal. Si constitucionalmente la atribución de la condición de ciudadano y los derechos que la acompaña son de competencia exclusiva del Estado, no hace falta analizar el alcance preventivo de la legislación federal, pues el poder del Estado es inmune y el legislador federal no puede desplazarlo.

de la respuesta que dio el gobierno federal. En la mayor parte de los casos se rechazaron las solicitudes de asilo argumentando que eran razones económicas, y no de persecución política, las que habían motivado la salida del país y la resistencia a volver. Sin duda, en esa actitud tuvo un peso importante el deseo del *Department of State* de no tachar como regímenes represores y dictatoriales aquellos gobiernos que la misma política exterior norteamericana había apoyado, frente al comunismo, tanto en Guatemala como en El Salvador.<sup>141</sup> Varios centros de culto a lo largo de Estados Unidos, con el apoyo de iniciativas individuales, comenzaron a dar cobijo y asistencia a aquellos que esperaban a que sus solicitudes de asilo se resolvieran o que ya las habían visto rechazadas, iniciando lo que sería conocido como *Central American Sanctuary Movement*.<sup>142</sup> La respuesta de las autoridades federales a estas iniciativas privadas, fue acusar a los responsables del delito, ya entonces contemplado en la legislación federal, de amparar y dar protección a un extranjero en situación irregular, previsto en la sec. 1324(a) INA 8.

Lo que en sus inicios había sido una iniciativa privada, que planteaba un problema de separación entre Iglesia y Estado, pronto se transformó en un potencial conflicto para el sistema federal, ya que varios Estados y entidades locales comenzaron a aprobar normativas que declaraban a la ciudad o al Estado ‘santuario,’ ‘refugio’ o lugar ‘de paz’ y que en la mayor parte de los casos iban más allá, prohibiendo que cualquier empleado público solicitara o divulgara información relativa a la nacionalidad o situación administrativa de extranjería de una persona. Hoy, modificadas para matizar y/o ampliar las prohibiciones o restricciones (por ejemplo, para incluir la prohibición de practicar detenciones por infracciones de extranjería o de cumplir con los llamados *detainers*, librados por las autoridades federales), muchas de ellas permanecen vigentes, y los problemas que plantean para el reparto de competencias en materia de extranjería van a ser examinados en las próximas páginas. Baste ahora con dejar tratada una cuestión más general que surge del hecho de que estas prácticas de no cooperación en la ejecución de la normativa federal de extranjería se han formalizado de muy diversa manera y se han vehiculado a través de diversos instrumentos de variada naturaleza y eficacia jurídica: resoluciones, ordenanzas, órdenes ejecutivas (*executive orders*), leyes estatales u órdenes o instrucciones administrativas internas de agencia o departamento.

Es importante precisar si la política de no cooperación se ha adoptado en virtud de un instrumento vinculante o no, ya que el efecto preentivo de la normativa

<sup>141</sup> Herrin, *From Colony to Super Power*, pp. 884-893, y Martin, *A nation of immigrants*, pp. 220-50.

<sup>142</sup> En el momento álgido del movimiento, contaba con 100 iglesias y sinagogas y entre 20.000 y 30.000 miembros. Villazor, “What is a ‘Sanctuary’?,” pp. 141



federal sólo se produce cuando se trata de instrumentos vinculantes. La clara naturaleza normativa de las leyes y de las ordenanzas disipa cualquier duda sobre su carácter obligatorio, pero más problemático resulta clasificar las resoluciones (*resolutions*), que pueden aprobarse con una mínima formalidad y sin las exigencias procedimentales exigidas para las ordenanzas, y son empleadas habitualmente no con una finalidad normativa *ad extra*, sino para expresar un deseo, propósito u opinión de la corporación local (como cuando se rinden honores a quien ha sido residente en la ciudad), con vocación esencialmente temporal o para regular cuestiones de mera gestión o de funcionamiento interno (p. ej. el procedimiento que debe observarse en el *city council*). Parece difícil encajar en estas funciones de mera gestión las prácticas de no cooperación con las autoridades federales<sup>143</sup> tanto por la naturaleza política de la decisión como por los claros efectos *ad extra* que tiene en las relaciones entre la entidad local y los poderes federales. En el mismo sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto la tendencia de los tribunales a exigir que se emplee una ordenanza para cuestiones de regulación primaria o naturaleza legislativa y no meramente administrativa. No obstante, esa misma jurisprudencia ha considerado que no es determinante de la eficacia la denominación del instrumento que se haya empleado y ha convalidado aquellas resoluciones que se han aprobado respetando las exigencias procedimentales previstas para las ordenanzas.<sup>144</sup> Parece pues, que el camino más seguro para las prácticas de no cooperación es la ordenanza y no la resolución.

Ya en su momento tuvimos ocasión de mencionar la importancia que tienen las *Executive Orders* del Presidente y el reciente papel que han jugado en transformar el derecho de extranjería en los Estados Unidos. También el Alcalde de la ciudad y el Gobernador del Estado pueden emplear *executive orders*, normalmente con vocación *ad intra* de la propia organización administrativa del gobierno local o estatal, dirigidas a sus agencias o autoridades para que lleven a cabo alguna acción, dejen de actuar de una determinada manera, alteren una práctica de gestión o cambien una determinada política.<sup>145</sup> Son instrumentos, por tanto, que si bien son vinculantes para sus destinatarios, sólo indirectamente afectan a sujetos privados. No obstante, es claro que los particulares pueden tener interés en que se respete su cumplimiento (sólo piénsese en el caso que nos ocupa). Pues bien, tal y como ha recordado la doctrina, los tribunales son muy reticentes a admitir que los particulares puedan invocar directamente una *executive order* ante

<sup>143</sup> Pham, "The Constitutional Right Not to Cooperate," pp. 1388.

<sup>144</sup> Reynolds, *Local Government Law*, pp. 222-26. En este sentido, Carro, "Municipal and State Sanctuary Declarations," puso de manifiesto, en referencia a la primera generación regulaciones locales, que se aprobaron "respetando las formalidades de promulgación propias de las actuaciones normativas."

<sup>145</sup> Cooper, *By Order of the President*, pp. 21-5.

un órgano jurisdiccional.<sup>146</sup> Tanto o más difícil es la invocabilidad de simples prácticas internas adoptadas por una agencia o departamento estatal o local (habitualmente, por su máxima autoridad, en nuestro caso el *Chief of police* o *Sheriff*), en relación con el modo en que debe cumplir con sus funciones y aplicar una normativa. Aprobadas a través de procedimientos escasamente formalizados, materializados como memoranda o directrices, es habitual que se hagan públicos y, desde luego, poco puede dudarse de su eficacia *ad intra*, respecto de los empleados de la agencia o departamento, quienes pueden llegar a incurrir en responsabilidad disciplinaria por su incumplimiento.<sup>147</sup>

La diferencia sustancial con las iniciativas más modernas que hemos repasado al comienzo de este apartado,<sup>148</sup> es que implican una verdadera resistencia (pasiva) frente a la tendencia de los poderes federales a fomentar la cooperación, bajo sus supervisión, en la ejecución de la legislación de inmigración, y a favorecer y facilitar los flujos de información desde los Estados y entes locales hacia la propia administración federal. la autonomía de ejecución se reclama ahora precisamente para no cooperar en la ejecución. Por ello, algunos autores han destacado que mientras que medidas como reconocer el derecho a acceder a determinados servicios públicos o facilitar documentos de identidad o permisos de conducir o incluso el derecho de voto a los inmigrantes en situación irregular encajan bien en las funciones tradicionales de autogobierno local o estatal y son ajenas al derecho federal de extranjería, las medidas refractarias a facilitar cualquier cooperación tienen por objeto frustrar las políticas federales y, por naturaleza, entran en conflicto con la regulación federal.<sup>149</sup> Sin embargo, contra todo pronóstico en un modelo federal como el que ha prevaleció en los Estados Unidos a partir del New Deal, caracterizado por la ausencia de rigideces constitucionales que limiten el poder federal o inmunicen a los Estados frente a su acción (y, a la inversa, que calcifique ámbitos sustantivos de regulación reservándolos en exclusiva al legislador federal), resulta que la no cooperación de los Estados en la ejecución del derecho federal de extranjería ha encontrado una protección estructural, una rigidez introducida por el Tribunal Supremo en los años 90 que limita el poder del legislador para ordenar verticalmente las competencias de ejecución, con la que

<sup>146</sup> Mashaw, Merrill y Shane, *Administrative Law*, pp. 263-66.

<sup>147</sup> Véase, *p. ej.*, Crane v. Napolitano 920 F.Supp.2d 724 (N.D.Tex. 2013), p. 739, si bien en el contexto del memorándum aprobado por el *Attorney General* sobre ejercicio de la discrecionalidad en la aplicación de la legislación federal de extranjería.

<sup>148</sup> Seguimos a Villazor, “What is a ‘Sanctuary’?”, pp. 151-54, quien prefiere reservar la expresión “refugio” (*sanctuary*) para las políticas de resistencia a la cooperación, frente a otras normativas estatales o locales que no pretenden incidir directamente en materia de inmigración, y que afectan a funciones propiamente subfederales, como las prestaciones sanitarias, el pago de la matrícula educativa, el derecho de alquiler o de compra de inmuebles etc.

<sup>149</sup> Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 566.

no cuentan, en cambio, el resto de las medidas de integración que reconocen derechos y regulan la esfera jurídica de los extranjeros. Veámoslo.

## 2. La administración federal de inmigración como una formidable maquinaria de ejecución

Abstracción hecha de *Usery*, puede afirmarse sin demasiado temor a errar que tras el New Deal, y hasta comienzos la década de los 90, si el legislador federal hubiera tenido intención de forzar a las administraciones estatales y locales a cooperar en la ejecución del ordenamiento de extranjería, o al menos a no obstruir la ejecución por la administración federal, le habría bastado con aprobar legislación obligando a los Estados a cumplir con sus deseos. Es más, tal y como se ha señalado por algunos autores, el modelo cooperativo nacido en los años 30, que implicó una generalización del ejercicio concurrente de poderes regulatorios para alcanzar objetivos comunes y de la interdependencia administrativa entre instancias de gobierno que se consideraban situadas en régimen de igualdad, experimentó una progresiva jerarquización, en la que el poder federal monopoliza progresivamente la capacidad de decisión política y emplea distintas técnicas coercitivas para persuadir a los Estados de que cooperen en la ejecución.<sup>150</sup> Entre esas técnicas de coerción, destacan la imposición de condiciones a las ayudas federales directas en forma de subvenciones, los mandatos de actuación dirigidos al legislador o a la administración estatal, y el empleo agresivo por el legislador federal de su poder preentivo de las facultades regulatorias estatales.<sup>151</sup>

Sin embargo, a partir de los años 90, el Tribunal Supremo trató, aparentemente, de moldear un nuevo federalismo dual. Para ello, debía introducir rigideces en un sistema que desde los años 30 había abandonado todo intento de trazar demarcaciones estrictas de competencias y había aceptado una amplia concurrencia, cooperación e interdependencia de los poderes estatales y federales. La operación exigía (aunque no sólo),<sup>152</sup> embridar el poder federal, para lo cual el

<sup>150</sup> Elazar, "Cooperative Federalism," p. 68.

<sup>151</sup> Kincaid, "Three faces of contemporary American federalism," pp. 70-72. Sobre la utilización por la presidencias conservadoras de las técnicas coactivas enumeradas en el texto principal, desde Reagan hasta George W. Bush, Robertson, *Federalism and the Making of America*, pp. 151-53.

<sup>152</sup> Exigía también, como vimos en el capítulo 1, restringir el poder de los Estados, reforzando el efecto preentivo de la legislación federal y la noción de exclusividad federal en determinadas materias (p. ej., comercio interestatal o asuntos de exterior) aunque el alcance de esos límites impuestos al poder de los Estados no es muy claro, como también tuvimos oportunidad de señalar.

Tribunal actuó en tres direcciones: limitando el alcance de la Cláusula de Comercio, reforzando la inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a acciones de responsabilidad de los particulares presentadas ante los tribunales federales y recuperando la Décima Enmienda de la Constitución como límite estructural a la acción de los poderes federales y como percutor de un espacio constitucionalmente reservado a la autonomía estatal. Este último aspecto de la revolución para el modelo federal que se alumbraba es el que ahora más nos interesa. Aunque, como enseguida se comprobará, la autonomía estatal protegida nacida de él va a tener otro significado.

Indicación de que las cosas podían estar cambiando, otra vez, en *Gregory v. Ashcroft* el Tribunal concluyó que cuando el legislador federal pretendiera regular actividades importantes de los Estados que “afecten al corazón mismo del gobierno representativo” (en el caso, la edad de jubilación de los jueces) debía hacerlo mediante una declaración inequívoca de su voluntad de que se aplique la ley federal.<sup>153</sup> Pero, nótese, no se niega en ningún momento que el legislador tenga competencia para actuar y no se afirma en ningún momento que los Estados estén inmunizados frente a su poder preentivo.

En *New York v. United States*,<sup>154</sup> manejando nuevamente la idea de la existencia de ámbitos exclusivos de prerrogativa estatal, el Tribunal Supremo declaró contraria a la Décima Enmienda e inconstitucional, una ley federal que imponía a los Estados la obligación de regular el régimen de almacenamiento y eliminación de los residuos radioactivos (como, p. ej., baterías, pilas, detectores de humo, determinados equipos médicos), de acuerdo con las directrices fijadas en la norma nacional. La ley no sólo contemplaba incentivos económicos para los Estados que cumplieran con la normativa federal y les habilitaba para grabar fiscalmente los residuos procedentes de otros Estados, sino que iba más allá declarando al Estado propietario de los residuos radioactivos producidos en el Estado y que no fueran eliminados o almacenados en la forma prevista por la normativa federal y responsable de los daños que directa o indirectamente pudieran causar. Esta última previsión es la problemática. El legislador no puede *coaccionar* a los Estados para que regulen de acuerdo con las instrucciones dadas por el Congreso. En el modelo federal de los Estados Unidos la Décima Enmienda y los propios límites al alcance de los poderes federales que resultan del Art. I impiden que la Federación pueda apropiarse del aparato regulatorio del Estado imponiendo que implemente o desarrolle la legislación federal. Si pudieran hacerlo, “serían los cargos electos estatales los que asumirían la responsabilidad política frente a los electores, y los que serían objetivo de su desaprobación, mientras que los cargos electos federales que han diseñado el marco regulador permanecerían aislados de

<sup>153</sup> 501 U.S. 452 (1991), pp. 460-64.

<sup>154</sup> 505 U.S. 144 (1992).

las consecuencias electorales de sus propias decisiones,” en definitiva la responsabilidad política se vería tergiversada “si como consecuencia de la coerción federal, los cargos electos estatales no pudieran regular de acuerdo con las preferencias de su propio electorado, en ámbitos en que no han sido desplazados (*preempted*) por la legislación federal.”<sup>155</sup> Todo lo dicho no significa que el legislador carezca de la capacidad para motivar a los Estados a regular en un determinado sentido, o que no pueda ofrecer incentivos a los Estados como método para influenciar la definición de sus políticas de un Estado. Como veremos más adelante, el tribunal reconoce expresamente la capacidad del legislador para imponer condiciones a la participación de los Estados y entidades locales en programas subvencionados federales y para ejercitar limitadamente su poder preentivo bajo la amenaza de regular directa y exhaustivamente, con exclusión del Estado, la materia de que se trate.<sup>156</sup>

### 3. La discrecionalidad administrativa y el deber constitucional de ejecutar las leyes

A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo, puede concluirse resumiendo que la *anticommandeering rule* determina la inconstitucionalidad de aquellas leyes federales que *a)* impongan exigencias exclusivamente sobre autoridades estatales o locales, en lugar de tener un alcance general y ser aplicables tanto a particulares como a quienes ejerzan funciones públicas, *b)* coaccionen directamente la actuación de los poderes normativos o ejecutivos estatales, en lugar de emplear la persuasión que implica imponer condiciones a la recepción de fondos federales, *c)* impongan mandatos dirigidos al legislador o a la administración estatal, en lugar de al poder judicial, *d)* pretendan controlar o influenciar la manera en que los Estados regulan la conducta de los particulares o impongan la asistencia de la administración estatal en la aplicación de normas federales, en lugar de regular directamente la esfera jurídica de los particulares excluyendo (*preemption*) toda intervención estatal, o condicionándola a respetar los estándares previstos por el legislador federal, *e)* impongan una obligación positiva de acción, en lugar de una exigencia de inacción en forma de prohibición, *f)* no limitarse a regular a los Estados en cuanto titulares de bases de datos.

Pero, ¿qué tipo de autonomía ha recuperado para los Estados esta línea jurisprudencial? Conviene tener claro que la doctrina *anticommandeering* es, en gran

<sup>155</sup> *Id.*, p. 173.

<sup>156</sup> Ver *infra*, E.2 y 3 respectivamente.

medida, ineficaz para proteger las capacidades regulatorias de los Estados. La autonomía que ha construido el Tribunal Supremo no garantiza a los Estados la competencia para regular la esfera jurídica de los particulares en ningún ámbito sustantivo.<sup>157</sup> El legislador federal siempre conserva su poder para desplazar la competencia estatal en ejercicio de su poder normativo, que el propio Tribunal Supremo ha ampliado de tal forma que no hay ámbito material que quede fuera de su alcance. Si un Estado rehúsa poner su maquinaria administrativa al servicio de la ejecución del Derecho federal el legislador puede obligar al Estado a que se eche a un lado empleando el marco normativo federal, y puede poner a trabajar la propia maquinaria burocrática federal para aplicar en el territorio del Estado, con mayor o menor grado de desconcentración dependiendo de las necesidades, el ordenamiento nacional. Por ello, no conviene olvidar que la administración federal siempre podrá aplicar el ordenamiento de extranjería en toda su extensión y con toda intensidad en el territorio del Estado o municipio de que se trate, empleando su propia estructura administrativa. No obstante, dada la inmensidad de la tarea de perseguir a más de once millones de inmigrantes irregulares, creemos haber insistido de manera suficiente en la necesidad de contar con la cooperación de las administraciones estatales y locales.

Es más, aunque la doctrina prohíbe, en buena medida, la posibilidad de que se imponga al legislador estatal la obligación de implementar o a las administraciones estatales la obligación de aplicar el ordenamiento federal, el legislador siempre puede poner un precio a los servicios de las administraciones estatales, condicionando la percepción de fondos federales a su cooperación (*conditional spending*) o puede amenazar con emplear su poder preentivo (*conditional preemption*) a los efectos de incentivar o motivar a los Estados para que se pongan a su servicio, lo que disminuye aún más la intensidad de las exigencias impuestas. En fin, una cosa está clara, la *anticommandeering rule* no devuelve a la Décima Enmienda la agresividad que tenía en los tiempos previos al New Deal, ni sirve para forjar con ella espacios materiales de regulación reservados a la exclusiva iniciativa de los Estados. Por el contrario, su principal propósito es impedir toda aquella interferencia del poder federal que tenga como efecto alterar la relación del gobierno estatal con sus electores y que permita a aquel externalizar la responsabilidad política y económica de sus decisiones.<sup>158</sup> Por ello, basta con que formalmente el Estado tenga la posibilidad de negarse a cumplir los mandatos

<sup>157</sup> En este sentido, *p. ej.*, Merritt, “Three Faces of Federalism,” p. 1571 y Schapiro, *Polyphonic Federalism*, p. 59. Cox y Posner, “Delegation in Immigration Law,” p. 1286 “this [plenary] authority is embodied in the Immigration and Nationality Act<sup>2</sup> (INA), a prolix code that appears to describe in painstakingly intricate detail the rules that govern the screening and conduct of immigrants.”

<sup>158</sup> Merritt, “Three Faces of Federalism,” p. 1571-72 y Young, “The Rehnquist Court's Two Federalisms,” pp. 32-33.

del legislador federal para que pueda decirse que no se le está transfiriendo la responsabilidad política o económica de las decisiones ajenas. Con ello, en definitiva, es suficiente para la *anticommandeering rule*. No creemos que se trate de una verdadera vuelta al dualismo en la organización de las competencias federales y estatales, sino del rechazo a una de las manifestaciones coercitivas (los mandatos federales), que desde los años 60 habían hecho su aparición en el federalismo cooperativo nacido del New Deal<sup>159</sup> y que se deja, como hemos señalado, intacto en su concepción originaria. Rechazo que se ha reiterado recientemente respecto de otro de los instrumentos de coacción empleados por los poderes federales, la imposición de condiciones regulatorias o ejecutivas a la percepción de fondos federales, y que será analizado más abajo.

## **E. La supremacía del derecho federal y la preención como límite de las competencias estatales en materia de inmigración**

Tornamos ahora nuestra atención hacia las entidades locales,<sup>160</sup> origen de la mayor parte de las políticas de no cooperación estudiadas. Si, como hemos venido reiterando, las protecciones constitucionales de los entes locales frente a los poderes federales son coextensas a las de los Estados, es necesario preguntarse ahora si las mismas están dotadas de alguna *frente a los propios poderes estatales*. Adviértase que nuestra familiaridad con una autonomía local constitucionalmente garantizada no va a ser demasiado útil a la hora de estudiar el estatus de los entes locales en el modelo federal de los Estados Unidos.

### **1. Poder preentivo del legislador federal e inmigración ¿exclusividad con otro nombre?**

Como acabamos de recordar, desde 1917,<sup>161</sup> el derecho federal ha identificado determinados delitos cuya comisión por un extranjero determina importantes consecuencias para su situación administrativa, permitiendo a la administración

<sup>159</sup> Kincaid, "Three Faces of Contemporary American Federalism," pp. 70-71.

<sup>160</sup> Denominación genérica en la que incluimos tanto las *municipalities* (*cities, towns y villages*), como los *counties, townships* y otras demarcaciones destinadas a cumplir funciones específicas (de las cuales, los *school districts* destacan en importancia). Ver Reynolds, *Local Government Law*, pp. 24-37.

<sup>161</sup> *Immigration Act* de 1917, P.L. 64-301.

inadmitirlo, impidiendo su entrada en el país o proceder a su expulsión. Pero si ya hemos visto cómo el término inmigrante irregular es problemático, el de delincuente extranjero tampoco está claro, a efectos del ordenamiento de extranjería, que no lo define específicamente. De una parte, puede entenderse, en el sentido más amplio y obvio, que delincuente extranjero es todo aquél que, no ostentando la nacionalidad norteamericana, ha cometido un delito en los Estados Unidos. Pero debe tenerse en cuenta que no todos los extranjeros delincuentes se encuentran en situación irregular o pueden ser expulsados del país, al igual que no todos los extranjeros que pueden ser expulsados han cometido un delito. Por ello deben distinguirse dos grupos de delincuentes extranjeros: *primero*, todos los extranjeros delincuentes, incluyendo, *i)* a los que se encuentran en situación irregular, todos los cuales potencialmente pueden ser expulsados, y *ii)* a los que se encuentran legalmente en el país, los cuales pueden o no ser expulsados dependiendo del tipo de delito que han cometido; y *segundo*, extranjeros delincuentes que han cometido un delito que lleva aparejada la expulsión cualquiera que sea su situación administrativa. En particular, nos interesa dejar claro que si bien todos los inmigrante irregulares potencialmente pueden ser expulsados, la mayoría de ellos no ha cometido un delito y no pueden ser clasificados, por tanto, como delincuentes extranjeros. La mera estancia en situación irregular, sin ninguna circunstancia adicional, es una infracción administrativa y no un delito.

Como ha quedado dicho ya, la categoría de delincuente extranjero no es tan obvia como podría parecer. Hay extranjeros que cometen delitos *comunes*, pero que no por ello pueden ser expulsados si se encuentran en situación legal y, por otra parte, hay delitos cuya comisión determina la expulsión del extranjero, aun cuando se encuentre legalmente en el país. Un extranjero en situación irregular que comete un delito común puede ser expulsado en todo caso, lleve aparejada o no su comisión la expulsión, aunque, debe recordarse, su mera presencia en situación irregular no constituye una infracción penal sino meramente administrativa. Por último, en el caso de un extranjero que se encuentra irregularmente en el país, puede darse la circunstancia de que, además de la comisión de un *delito común* (p. ej. violencia doméstica), cuya persecución corresponde por lo general a las autoridades estatales, se le pueda imputar la comisión de un *delito de extranjería* (p. ej. porque ha entrado ilegalmente en el país), delito por el que puede ser procesado y condenado por las autoridades federales, las cuales podrán, en su lugar, en el ejercicio de su discrecionalidad, no ejercitar la acción penal y optar por la expulsión administrativa. En la categoría de delincuente extranjero no sólo se incluyen inmigrantes en situación irregular sino también residentes legales pero no se encuentran comprendidos en ella todos los inmigrantes irregulares, sino sólo aquellos que han cometido determinadas infracciones penales.



## 2. El efecto preentivo de la discrecionalidad administrativa

La *anticommandeering rule* impide a los poderes federales imponer a los Estados o entidades locales una actuación *positiva* en relación con la incorporación de leyes federales a sus ordenamientos o la implementación, aplicación o administración de una normativa o programa federal. Sin embargo, sí se permite al legislador federal imponer a los poderes estatales un comportamiento negativo, la inacción, aprobando legislación que deje sin efecto la normativa estatal o local, y que prohíba toda actuación en un determinado ámbito. Hemos visto cómo precisamente la composición de la normativa de 1996 como una (doble) *prohibición* supuso el aval de su constitucionalidad en *City of New York*. Pero queda aún por examinar los límites internos de la *anticommandeering rule* ¿queda verdaderamente prohibida toda imposición de una obligación de actuar o hay alguna excepción? Veámoslo.

El punto de partida debe situarse en una afirmación, hecha *obiter dictum*, y contenida en el texto que la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo firmaron en *Printz*. Examinando la práctica histórica de la imposición, por los poderes federales, de mandatos ejecutivos a los gobiernos de los Estados, el juez Scalia destaca que son pocos los casos que pueden encontrarse y descarta que puedan contarse entre ellos aquellos en “que se exige únicamente la comunicación de información a las autoridades federales” ya que la mera exigencia de información no presenta los problemas que sí tiene “la participación efectiva de los ejecutivos estatales en la administración de un programa federal.”<sup>162</sup> En su voto concurrente, la juez O'Connor distingue también “otras exigencias de mera gestión y notificación de información impuestas por el Congreso a las autoridades estatales y locales.”<sup>163</sup> La excepción anticipada en *Printz* parece confirmarse, como vimos más arriba, en *Condon*, donde el Tribunal confirma la constitucionalidad de una ley federal que regula los Estados en cuanto meros “titulares de bases de datos.”<sup>164</sup>

En línea con esa excepción hecha en *Printz*, los tribunales federales inferiores han concluido que imponer a los Estados la obligación de facilitar información sobre la violación del Derecho federal no sería lo mismo que imponer su ejecución.<sup>165</sup> La simple demanda de información no implicaría los mismos problemas

<sup>162</sup> *Printz*, 521 U.S., p. 918

<sup>163</sup> *Id.*, p. 936

<sup>164</sup> *Reno v. Condon* 528 U.S. 141 (2000), p. 151.

<sup>165</sup> *P. ej.*, *City of New York v. United States*, 179 F.3d 29 (2d Cir. 1999), examinado más arriba, es un ejemplo significativo (en especial, pp. 34–35). También *Freilich v. Upper Chesapeake Health, Inc.*, 313 F.3d 205 (4th Cir. 2002) p. 214, la simple exigencia de enviar informes al *Board of Medical Examiners* no viola la *anticommandeering rule*; y *United States v. Brown*,

para los Estados y entidades locales, en términos políticos y económicos, que se encuentran en la razón de ser de la *anticommandeering rule*, ya que únicamente se estaría solicitando a los Estados que compartieran una información que ya tienen en su poder, requerimiento que no exigiría ni actuaciones ni inversión adicionales para obtenerla.

Parecería, pues, según esta doctrina, que la mayor parte de los autores da por buena,<sup>166</sup> que los poderes federales podrían llegar a imponer a los Estados la obligación de *comunicar o transmitir* información sobre la situación administrativa de extranjería de las personas que solicitaran la prestación de algún servicio público (p. ej., educación, sanidad) o que fueran detenidas por la policía, siempre que esa información, obtenida en el ejercicio ordinario de sus funciones y para el cumplimiento de sus propios fines, ya estuviera en posesión de la administración estatal o local y que se obtenga. Parece, por ello, que la excepción que hemos expuesto a la *anticommandeering rule* avalaría la constitucionalidad de iniciativas como *Secure Communities* o el *Priority Enforcement Program*, que se basan precisamente en la transmisión automatizada a la administración federal de la información *ya* obtenida por las fuerzas policiales estatales y locales en el ejercicio ordinario de sus funciones (investigar y perseguir infracciones) y para sus propios fines (obtener datos personales e historial criminal de la persona detenida). Otra cosa sería que el legislador federal pretendiera imponer a las autoridades locales o estatales una obligación de *obtener o comprobar*, en primer término, la información sobre el estatus inmigratorio de los detenidos, fichados o incluso de aquellos que simplemente encontrasen en el ejercicio de sus funciones. Ello claramente entraría en el terreno vedado por *Printz*.<sup>167</sup>

WL 4372829 (S.D.N.Y. Dec. 12, 2007), pp. 4-6, la simple exigencia de que los agentes estatales faciliten a la administración federal información sobre agresores sexuales, información que recogen en el ejercicio ordinario de sus funciones, a los efectos de que se cree una base de datos federal, no viola la Décima Enmienda.

<sup>166</sup> P. ej., Kittrie, "Federalism, Deportation, and Crime Victims Afraid to Call the Police," p. 1492 "una normativa federal que específicamente imponga a los agentes estatales o locales a revelar información a las autoridades federales sería constitucional;" Jackson, "Federalism and the Uses and Limits of Law," pp. 2253-54, para quien "actividades relativamente menores como la conservación o comprobación de registros o la comunicación de información deben distinguirse de obligaciones más sustantivas que gravan los recursos estatales y... que se asemejan a una responsabilidad del legislador;" Hills, "The Political Economy of Cooperative Federalism," pp. 933-34, justifica especialmente la validez de las meras solicitudes de información cuando ésta sólo se puede obtener por los Estados y contar con ella es necesaria para poder cumplir con un propósito federal legítimo.

<sup>167</sup> En este sentido, p. ej., Gulasekaram y Villazor, "Sanctuary Policies & Immigration Federalism," p. 1703.

Sin embargo, hay una parte de la doctrina que muestra sus reservas,<sup>168</sup> cuando no una abierta crítica,<sup>169</sup> a la distinción hecha en *Printz*. Para estos autores, la distinción entre requerimientos de información y la realización de otro tipo de actividades administrativas es insostenible y aplicar de forma coherente *Printz* exige considerar que tanto la exigencia de transmisión de información como la imposición de la obligación de obtenerla, son contrarias a la *anticommandeering rule*.<sup>170</sup> Ello es así, se defiende, puesto que la imposición de obligaciones de compartir información genera los mismos perjuicios económicos (en término de gasto de recursos propios) y políticos (en términos de responsabilidad electoral por políticas impopulares) para el Estado que justificaron la inconstitucionalidad de la legislación federal en *Printz*. Así, el coste económico de compartir información, aun cuando esta ya se encuentre en poder de la administración estatal o local, derivaría indirectamente del hecho de que esa información sería más difícil de obtener por el destino compartido que tiene. Sabiendo que las autoridades locales comparten la información con la administración federal, los inmigrantes irregulares no denunciarían la comisión de delitos de los que fueran víctimas o testigos, en definitiva no colaborarían con la policía, que vería dificultado el cumplimiento de sus funciones y se vería obligada a obtener la información de otras fuentes. De igual forma, las autoridades locales o estatales serían vistas como coparticipes en la persecución de la inmigración irregular, debiendo cargar con las consecuencias

<sup>168</sup> P. ej., Caminker, "Printz, State Sovereignty, and the Limits of Formalism," p. 234 "no está claro el fundamento de la distinción entre la administración de un programa federal y la obligación de compartir información;" Tribe, *American Constitutional Law*, p. 886 que opina que es complicado trazar una línea clara entre meras exigencias de compartir información y otras actividades que exijan más. En el contexto específico del derecho de extranjería, Pham, "The Constitutional Right Not to Cooperate," pp. 1407-08, considera que "no está claro si una hipotética obligación de comunicar información se podría considerar" un acto de mera gestión, ya que "desde un punto de vista práctico la administración federal necesitaría también que los agentes locales mantuvieran detenido al extranjero indocumentado hasta que el ICE u otra agencia federal se haga cargo de su custodia... o que llevaran a cabo breves indagaciones en primer término para determinar qué personas se encuentran en situación irregular. Cualquiera de estas actividades supera la mera gestión y entra de lleno" en el terreno de la inconstitucionalidad.

<sup>169</sup> Sin duda el que ha hecho un examen más exhaustivo y complete del tema Mikos, "Can the States Keep Secrets from the Federal Government," pp. 154-64.

<sup>170</sup> Mikos lleva incluso más allá este argumento señalando que la distinción quiebra el propio fallo alcanzado por el Tribunal Supremo en *Printz* que se refería precisamente a un programa que exigía la búsqueda y el análisis en bases de datos estatales sobre historiales criminales. Id. pp. 140-43. Pero el argumento, creemos, es endeble, ya que precisamente lo que el TS encontró problemático a la luz de la Décima Enmienda fue precisamente que la ley federal no se limitaba a exigir que se compartiera una información, sino a que los agentes estatales se llevaran a cabo, en el ejercicio de sus funciones, una indagación en el historial criminal del sujeto, accediendo a bases de datos y registros sólo disponibles para ellos.

negativas que para parte del electorado tienen las políticas federales de inmigración, electorado que, como hemos visto, es mayoritario en algunos Estados y entidades locales.<sup>171</sup>

Antes de abandonar la cuestión de las obligaciones positivas que, en su caso, no impediría imponer la *anticommandeering rule*, es preciso recordar que tanto en *New York* como en *Prinz* el Tribunal Supremo ha indicado que la inflexible prohibición de coacción no se extendería a las leyes federales que tengan un alcance general, es decir que regulan tanto la conducta de las autoridades estatales y locales como la esfera jurídica de particulares. No obstante la enorme dificultad de diferenciar este tipo de normas, especialmente en una sociedad como la actual en la que cada vez más funciones públicas se desarrollan en régimen de derecho privado, cabe plantearse si el legislador federal podría elaborar, en materia de extranjería, una norma de estas características que quedara a salvo de cualquier tacha de inconstitucionalidad. A título puramente especulativo, una ley de tales características podría imponer a los empleadores, transportistas, arrendadores, centros escolares (públicos y privados), y centros sanitarios (públicos y privados), además de a funcionarios y autoridades estatales y locales, la obligación de obtener y compartir información sobre la situación administrativa de extranjería de quienes utilizaran servicios públicos.<sup>172</sup> No creemos que una norma de tales características violara la *anticommandeering rule*.

<sup>171</sup> Esta argumentación, aplicada al programa *Secure Communities* y sosteniendo que es contrario a la *anticommandeering rule*, Cimini, “Hands off Our Fingerprints: State, Local, and Individual Defiance of Federal Immigration Enforcement,” pp. 141-145. En general, Pham, “The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position,” p. 976 n56.

<sup>172</sup> Adler y Kreimer, “The New Etiquette of Federalism,” p. 111 se preguntan si la *Brady Act* hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo si hubiera comprendido dentro de su ámbito de aplicación no sólo a las autoridades policiales estatales y locales sino también a cualquier entidad pública o privada que tuviera fácil acceso a la información sobre los antecedentes penales de los compradores de armas de fuego (como investigadores privados o establecimientos de crédito).

## II

---

### *Delegación y ejecución cooperativa*

ACLARADO QUE EL poder de ejecución es coextenso al poder normativo, que el legislador federal, en materia de extranjería, ha preñado el ordenamiento de una densa regulación y que ha creado un completo aparato burocrático y delegado amplias facultades de ejecución en el poder ejecutivo nacional, se plantea inmediatamente la cuestión de si el poder para ordenar las competencias de ejecución incluye también el poder para descentralizar esas competencias con la finalidad de ponerlas en manos de los Estados y entidades locales. Primero, debemos enfrentar el problema que pueden plantear, en un sector fuertemente centralizado como es la regulación de la inmigración, la posible existencia de exigencias constitucionales que impidan la ‘devolución’ o delegación e impongan un monopolio federal absoluto de la ejecución de su propio ordenamiento. Dicho de otra manera, se trata de saber si las competencias de ejecución son exclusivas por imperativo constitucional y si ello implica su indelegabilidad. El escepticismo que en el capítulo anterior hemos mostrado hacia la categoría de las competencias exclusivas, al menos en lo que concierne al derecho de extranjería, puede poner sobre la pista de la respuesta que se ofrecerá aquí que, además, supondría un aval a la constitucionalidad de las diferentes formas en que, sobre todo a partir de los años 90, se han delegado efectivamente en los Estados poderes de ejecución en materia de inmigración. Ha jugado un papel importante en ese proceso de ‘devolución’ de competencias la creciente confluencia entre el derecho de extranjería y el derecho penal, y las estructuras cooperativas a que han ofrecido una oportunidad inmejorable a los Estados para influir en el modo en que se ejecutan las leyes de extranjería, y en ocasiones desafiar la autoridad federal.

## A. Estructura constitucional y delegación vertical de competencias de ejecución

Anteriormente hemos evaluado el alcance del poder normativo que poseen los Estados en materia de inmigración, y hemos concluido que, en esencia, la densa regulación federal deja poco espacio al legislador estatal para la creación de un marco sancionador propio de la inmigración irregular. De esta forma, es difícil encontrar en materia de inmigración, al contrario de lo que ocurre en otros ámbitos, duplicidad de *tipos sancionadores* estatales y federales de la misma conducta y, por tanto, duplicidad de *estructuras administrativas y judiciales* consagradas a la aplicación de ordenamientos sancionadores creados en paralelo. Una importante excepción es la sanción del empleo irregular de inmigrantes, como también hemos visto.

Pero no estamos lidiando aquí ya con el poder normativo de los Estados para tipificar autónomamente delitos de extranjería, amputado en gran medida, como decimos, por el legislador federal, sino con la cooperación entre los distintos niveles de autoridad (local, estatal y federal) para la aplicación de un mismo conjunto de normas (federales). Esa cooperación multinivel constituye la regla en muchos sectores del ordenamiento (p.ej., protección de los consumidores, defensa de la competencia, medioambiente) en los que el legislador federal ha delegado amplias competencias ejecutivas en los Estados. Queda ahora por conocer qué ocurre en un sector, la regulación de la inmigración, tan a menudo caracterizada por su excepcionalidad desde el punto de vista constitucional. En numerosas ocasiones, como se ha dicho, el legislador federal invita a los Estados a cooperar *voluntariamente* en la ejecución o administración del ordenamiento federal. Sin embargo, antes de estudiar las invitaciones que se han cursado en materia de extranjería, es preciso saber si en el modelo federal estadounidense la delegación vertical de competencias cuenta con algún tipo de límite estructural derivado de la organización constitucional.

### 1. Exclusividad e indelegabilidad de competencias

EL DOGMA DE la exclusividad competencial implica, en el plano normativo, que los Estados no pueden regular en un determinado ámbito material aún en ausencia de intervención federal. En términos dogmáticos, no obstante, como hemos destacado en el capítulo anterior, creemos que el dominio federal en materia de inmigración se explica más correctamente como un ejercicio contingente de poder preentivo del legislador, que como una categórica atribución constitucional a la

Federación de un poder exclusivo para regular la entrada, la definición de las condiciones de permanencia y la expulsión de extranjeros. Esta segunda dimensión, que sin duda ha tenido un peso histórico importante, adquiere hoy un valor más simbólico que real. Cuando se trata de decidir la validez o no de las normativas estatales, los jueces encuentran los instrumentos necesarios no en la garantía constitucional de una competencia federal exclusiva, sino en la voluntad expresa o implícita del legislador federal (preención), que ha colmado la materia con una densa normativa que deja pocos resquicios a la intervención de los legisladores subfederales.

Pero el reconocimiento de una competencia federal exclusiva puede implicar también otra consecuencia, importante ahora para nuestro propósito. En el asunto *Gibbons v. Ogden* se planteó al Tribunal Supremo la posibilidad de que la regulación del comercio interestatal pudiera reconocerse como una materia de competencia concurrente permitiendo así que los Estados pudieran legislar sobre ella. Al rechazar este argumento, el eminente jurista y entonces Presidente del más alto tribunal John Marshall, sostuvo, *obiter dictum*, que el legislador federal no puede habilitar a los Estados a regular en un ámbito en el que la Constitución excluye su intervención, y por tanto que no puede delegar sus competencias exclusivas, devolviéndolas a los Estados.<sup>1</sup> La sentencia, no obstante, introduce una compleja distinción entre esa “delegación,” prohibida, que implicaría la validación prospectiva por el legislador de intervenciones estatales en ámbitos de competencia exclusiva nacional, y la posibilidad de que el Congreso “adopte” como propia, o convalide, legislación estatal *ya existente* “invistiéndola con la misma validez de la que están dotados sus propios actos” y ensalmándola de su vicio de inconstitucionalidad, que el tribunal entiende legítima.

La distinción entre “convalidación” y “delegación” será confirmada expresamente en 1852 en *Cooley v. Board of Wardens*,<sup>2</sup> En 1789 se había aprobado legislación federal que dejaba en manos de los Estados la regulación del régimen de los prácticos portuarios, materia con implicaciones para el comercio interestatal y en la que muchos de ellos ya habían intervenido. No había sido el caso del Estado de Pennsylvania, que no adoptó su legislación hasta 1803. En coherencia con lo que había sostenido en *Ogden*, el Tribunal Supremo concluyó que si la ley estatal hubiera existido al tiempo de adoptarse la legislación federal, en 1789, podría “tenerse por adoptada por el Congreso, y convertida en ley de los Estados Unidos, y por tanto válida.” Sin embargo, puesto que la ley se aprobó después de 1789, no puede considerarse convalidada por el legislador federal, por lo que si la Constitución atribuye la competencia sobre la materia en exclusiva a la Federación, prohibiendo la intervención de los Estados, entonces “es claro” que la ley

<sup>1</sup> 22 U.S. 1 (1824), p. 207.

<sup>2</sup> 52 U.S. 299 (1851).

nacional de 1789 “no puede haber conferido a los Estados el poder para legislar.”<sup>3</sup> El Tribunal, sin embargo, salva la ley estatal considerando que no concurre la premisa de la exclusividad, ya que el régimen jurídico de los prácticos portuarios es una materia local y no nacional, por lo que mientras el Congreso no decida legislar, la competencia corresponde a los Estados.

*Cooley* fue, no obstante, el cénit de la doctrina de la indelegabilidad. A partir de entonces se inició una confusa línea jurisprudencial en la que se al tiempo que se permitía al legislador delegar competencias exclusivas de modo efectivo a los Estados, se insistía en que la Constitución prohibía al legislador hacer tal cosa.<sup>4</sup> En 1855 el Tribunal Supremo confirmó el efecto terapéutico que la legislación federal podía tener sobre la normativa ya en vigor del Estado y que, por primera vez, resucitó una ley estatal que había sido previamente declarada inconstitucional.<sup>5</sup> Años después, una ley del Estado de Iowa por la que se limitaba la producción, importación y venta de bebidas alcohólicas fue invalidada por constituir una restricción inconstitucional del comercio interestatal, un ámbito competencial de carácter nacional que admite y necesita de una regulación común que se aplique uniformemente a todos los Estados y, por tanto, en el que sólo el legislador federal puede actuar. Para el tribunal, la ausencia de regulación nacional sólo podía entenderse como “equivalente a una declaración de que el comercio en ese ámbito debe quedar libre” de toda posible restricción por los Estados. Pero la sentencia amortigua la afirmación absoluta de la exclusividad federal al destacar que el Estado sólo carecía de competencia “a falta del consentimiento del legislador.”<sup>6</sup>

Rápido en su respuesta a esa invitación del Tribunal Supremo, el Congreso aprobó la *Wilson Act*, por la que se disponía que las bebidas alcohólicas que importadas “estarán sujetas a la aplicación y al efecto de las leyes que cada estado o territorio haya aprobado en el ejercicio de sus poderes de policía... en la misma

<sup>3</sup> *Id.*, pp. 317-318.

<sup>4</sup> Cohen, “Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws,” p. 395.

<sup>5</sup> En *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 54 U.S. 518 (1855), el Tribunal había ordenado la demolición de un puente construido sobre el río Ohio porque obstruía la navegación a través de aguas interestatales (el río Ohio nace en Pennsylvania y sirve de frontera natural y administrativa de otros cinco Estados hasta su desembocadura en el río Mississippi). Pero el Congreso inmediatamente declaró legalizada la estructura, necesaria para el buen funcionamiento del servicio postal federal. En una segunda sentencia, *Pennsylvania v. Wheeling & Belmont Bridge Co.*, 59 U.S. 421 (1855), p. 430, el Tribunal Supremo declaró que el puente (arrasado por una violenta tormenta entretanto) podía ser reconstruido, ya que cuando la declaración del legislador se une al permiso originariamente concedido por el Estado, “la autoridad para conservar el puente puede considerarse completa” ya que “combina las competencias concurrentes de las dos instancias de gobierno, estatal y federal.”

<sup>6</sup> *Leisy v. Hardin* 135 U.S. 100 (1890), p. 119.



medida en que lo estarían si hubieran sido producidas en dicho Estado o territorio.”<sup>7</sup> Impugnada la nueva ley, el Tribunal Supremo comenzará su análisis recordando que el legislador federal tiene competencia exclusiva “para regular el comercio entre los distintos Estados, en el supuesto de que el objeto de comercio sea nacional en su naturaleza” y que el sentido originario de la cláusula de comercio no es “una garantía del libre comercio, sino que, por virtud de la atribución de una competencia exclusiva para regularlo, se preserve libre salvo que el Congreso decida imponer restricciones.” De acuerdo con estos dos argumentos, “si el legislador se abstuviera de ejercitar su competencia exclusiva ello sería expresión de su voluntad de que la materia permanezca libre de toda restricción o exacción que sobre ella pudieran imponer los Estados.”<sup>8</sup> Con la aprobación de la *Wilson Act*, sin embargo el Congreso ha roto su silencio y desvirtuado la presunción de libre comercio, y lo ha hecho privando a las transacciones sobre determinados artículos de su carácter interestatal, permitiendo así que los Estados puedan regularlas.<sup>9</sup> El Tribunal Supremo sorteó, *sub silentio*, el problema doctrinal que había creado en *Gibbons*, y ahora parece ser indiferente si la ley federal convalida una norma estatal preexistente o si delega competencias en los Estados.<sup>10</sup> El legislador, en lugar de remover directamente con su intervención el impedimento constitucional que ceñía a los Estados, simplemente elimina la premisa para su aplicación, que era su silencio mismo.<sup>11</sup>

El paso definitivo hacia la doctrina actualmente vigente y hacia un rechazo algo más explícito de la doctrina de la indelegabilidad, lo dio el Tribunal Supremo en 1946 en el asunto *Prudential Insurance v. Benjamin*,<sup>12</sup> en el que avaló la constitucionalidad de la *McCarran-Ferguson Act*, que el legislador federal había aprobado para autorizar a los Estados a regular y grabar las actividades en el sector de los seguros.<sup>13</sup> La competencia del legislador en materia comercial, recuerda

<sup>7</sup> 26 Stat. 313 (1890).

<sup>8</sup> *In re Rahrer* 140 U.S. 545 (1891), p. 555.

<sup>9</sup> *Id.*, p. 562.

<sup>10</sup> *Id.*, p. 561.

<sup>11</sup> En el mismo sentido, también en relación con las prohibiciones estatales a la importación de bebidas alcohólicas, *Clark Distilling Co. v. Western Maryland Ry. Co.*, 241 U.S. 311 (1917), asunto en el que el Tribunal Supremo, remitiéndose expresamente a la doctrina establecida en *In re Rahrer*, declaró la constitucionalidad de la *Webb-Kenyon Act* de 1913, 37 Stat. 699, en la que, ampliando la delegación efectuada en la *Wilson Act*, puede leerse: “the shipment or transportation, in any manner or by any means whatsoever, of . . . intoxicating liquor of any kind, from one State, Territory, or District of the United States . . . into any other . . . to be received, possessed, sold, or in any manner used, either in the original package or otherwise, in violation of any law of such State, Territory, or District of the United States . . . is hereby prohibited.”

<sup>12</sup> 328 U.S. 408.

<sup>13</sup> 59 Stat. 34 (1945), sec. 2. “(a) The business of insurance, and every person engaged therein, shall be subject to the laws of the several States which relate to the regulation or taxation of such business; (b) No Act of Congress shall be construed to invalidate, impair, or supersede

el Tribunal, “es plena y le permite no sólo promover sino también prohibir el comercio interestatal... sujeto sólo a las restricciones que puedan resultar de otros preceptos constitucionales y de la exigencia de que no se invadan ámbitos de actuación reservadas exclusivamente a los Estados. Esta amplia autoridad de la que es titular puede ejercerla en solitario... *o conjuntamente con la acción coordinada de los Estados*, en cuyo caso... únicamente serán aplicables aquellas limitaciones que impidan regular tanto a la federación como a los Estados.” Incluso como una referencia a las intervenciones normativas separadas de la Federación (efectuando la delegación) y de los Estados (ejercitándola), el empleo de la expresión acción “coordinada” es equívoca ya que una vez aprobada la legislación federal habilitante, cada Estado puede determinar libremente su propio marco regulador e impositivo de las actividades aseguradoras, sin la simultánea aprobación del Congreso. Aparte de ello, la sentencia apunta hacia un importante cambio de tercio. Cuando la Constitución confiere en exclusiva una competencia a los poderes nacionales, prohibiendo así, en principio, su ejercicio por los Estados ello no impide el “ejercicio coordinado” de la competencia por aquellos *y* estos. La exclusividad federal no impide la participación autorizada de los Estados siempre que esa característica del consentimiento que puede prestar el legislador al ejercicio de competencias delegadas por parte de los Estados.

El ejercicio de las competencias exclusivas, por todo lo dicho, pueden delegarse en los Estados. Ningún límite constitucional puede encontrarse hoy, por tanto, a que la Federación habilite la ejecución de su propio ordenamiento por parte de los Estados, incluso en ámbitos, como el control de la inmigración, de los que se ha predicado su naturaleza exclusiva. No es preciso ahora insistir en la debilidad que la exclusividad misma tiene, sino tan sólo insistir en que, aun en el caso de que efectivamente pudiera decantarse del sistema constitucional un monopolio federal en la materia, ello no impediría, *per se*, al legislador articular, en ejercicio de su pleno poder, una ejecución multinivel del régimen de extranjería, mediante la delegación de competencias a los Estados. Así lo hemos visto en el caso de la Cláusula de comercio, en doctrina que es trasladable a otros ámbitos.

Pero en la Constitución hay títulos competenciales cuya fisionomía puede plantear alguna dificultad adicional a la delegación. Así, de una parte, en algunas ocasiones la Constitución atribuye competencias al legislador nacional, al tiempo que prohíbe expresamente a los Estados actuar en esos ámbitos. Por ejemplo, “ningún Estado acuñará moneda, ni emitirá títulos de crédito,” (art. I, sec. 10, § 1 U.S. Const.) al tiempo que atribuye competencia al Congreso “para acuñar moneda, determinar su valor así como el de las monedas extranjeras, y para fijar los

any law enacted by any State for the purpose of regulating the business of insurance, or which imposes a fee or tax upon such business, unless such Act specifically relates to the business of insurance.”

patrones de pesas y medidas,” (art. I, sec. 8, § 5 U.S. Const.). Cabe plantearse si, en la medida en que la limitación sólo alcanza a los Estados, pero no al legislador federal podría este remover la inhabilidad estatal mediante la correspondiente delegación. En cualquier caso, más importante a nuestro propósito es la exigencia, contenida en algunos títulos de atribución de competencias, de que el legislador garantice la uniformidad de la regulación. Veámoslo.

## 2. La exigencia constitucional de uniformidad como prohibición de delegación: el poder para establecer una “regla uniforme de naturalización”

Según el art. I, sec. 8, “el Congreso tendrá potestad para imponer y recaudar tributos, aranceles, impuestos y consumos... pero *todos los aranceles, impuestos y consumos serán uniformes en todos los Estados Unidos*” y “para establecer en todos los Estados Unidos un *régimen uniforme de naturalización y leyes uniformes sobre quiebras*.”

La Constitución norteamericana atribuye poder al Congreso “para establecer en todos los Estados Unidos una regla común de naturalización”.<sup>14</sup> La posible existencia de un impedimento constitucional a la delegación de competencias en materia de extranjería exigiría que dos premisas fueran ciertas a la vez: *primera*, que el poder para regular la inmigración puede residenciarse *in totum* en la cláusula de naturalización citada, o dicho de otra manera que esa competencia federal bastara, *per se*, para legitimar en términos competenciales la densa regulación federal que disciplina la entrada, las condiciones de permanencia y la expulsión de los extranjeros en los Estados Unidos; *segunda*, que la uniformidad exigida por la cláusula de naturalización constituyera un límite efectivo para el legislador federal en el sentido de imponer una fisonomía al ordenamiento de extranjería que garantice que sus normas son las mismas para toda la nación y que se aplican de la misma manera a lo largo y ancho de su territorio. Sin embargo, ninguna de estas dos premisas se cumple. Veámoslo.

Puesto que la particular redacción de la cláusula de naturalización es el único argumento textual (o de cualquier clase) que puede esgrimirse para defender hoy una prohibición constitucional a la delegación de competencias en materia de inmigración, debemos plantearnos si ese título competencial es suficiente para legitimar la intervención federal en la materia. Si así fuera, y dadas las particulares

<sup>14</sup> Art. I, Secc. 8ª, § 4 Const.

características que, en apariencia, tiene la cláusula de naturalización (con su exigencia de uniformidad), habría que discutir seriamente si el legislador está aquejado de un límite en el ejercicio de su competencia en materia de inmigración, un límite que le impediría la delegación en los Estados. Algunos autores insisten en sobredimensionar la importancia de la cláusula de naturalización, situando en ella el epicentro de una competencia federal exclusiva e indelegable. Sin embargo, creemos que no hay argumentos suficientes que sustenten esa postura y que, al contrario, hay evidencias de que el poder para regular la naturalización ha sido objeto de una interpretación restrictiva.

La atribución a la Federación de la competencia en materia de naturalización, y la particular redacción del título competencial, tuvo un propósito muy concreto en el contexto histórico en que se produjo. En los tiempos de dependencia de la metrópoli, eran las colonias las que ejercían, de modo muy liberal, el poder para naturalizar extranjeros y la disolución de los vínculos con el imperio británico en 1776 había tenido como consecuencia que explícita o implícitamente (bien mediante previsión constitucional, legislativa o *de facto*) los nuevos gobiernos estatales asumieran el control de la naturalización de extranjeros y establecieran procedimientos diversos para su admisión a la condición de ciudadanos. Los Artículos de la Confederación no atribuyeron poder alguno al Congreso sobre cuestiones relacionadas con la ciudadanía, pero introdujeron un importante nuevo elemento de confusión que, en última instancia, haría insostenible el poder de los Estados para crear ciudadanos. Su Art. IV, conocido como la “cláusula de cortesía” establecía: “para mejor asegurar y perpetuar la amistad mutua y las relaciones entre los pueblos de los diversos estados de esta Unión, los habitantes libres de cada uno de estos estados, a excepción de los pobres, vagabundos y fugitivos de la justicia, tendrán derecho a todos los privilegios e inmunidades de los ciudadanos libres de los diversos estados.” Con ello parecía indicarse que una vez adquirida la ciudadanía de un Estado, la persona naturalizada adquiriría, a la vez, la condición de ciudadano en todos los demás estados. Un estatus similar al propio de una ciudadanía *federal*, pero cuyo acto atributivo era netamente estatal.<sup>15</sup> Este es el específico problema que se trató de solucionar la expresa atribución de una competencia a la Federación para regular de manera *uniforme* la naturalización de extranjeros.<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Kettner, *The development of American Citizenship, 1608-1870*, p. 221.

<sup>16</sup> James Madison identificó el problema en los siguientes términos: “cada Estado mantendría este poder tan inapropiado de naturalizar a extranjeros en cualquier otro Estado. Mientras un corto período de residencia en un Estado otorga todos los derechos de ciudadanía, en otro Estado hay que cumplir con criterios más exigentes. Así, un extranjero que legalmente está incapacitado para conseguir ciertos derechos en este último Estado puede eludir los requisitos necesarios si ha residido previamente en otro Estado. De este modo tan ridículo, la ley de un Estado se convierte en superior a la de otro, incluso dentro de su propia jurisdicción.” Madison, “Federalist no. 42,” en *The Federalist (The Gideon Edition)* editado por George W.

Existe una vinculación lógica entre el proceso de entrada y residencia en un Estado por parte de un extranjero y su ulterior naturalización y adquisición, con ello, de la ciudadanía. Ello era especialmente evidente en los primeros años de la joven república. Entonces, las normas en vigor para la adquisición derivativa de la nacionalidad influían decisivamente en la decisión de emigrar ya que, en primer lugar, hasta mediados del s. XIX, el coste y la duración del viaje trasatlántico hacían prácticamente inviable el retorno del migrante a su país de origen, y su permanencia en los Estados Unidos un hecho prácticamente definitivo;<sup>17</sup> en segundo lugar, herencia del *common law* inglés, los extranjeros no podían ostentar título alguno de propiedad y estaban privados del derecho de sufragio activo y pasivo, por lo que sólo la adquisición formal de la nacionalidad sanaba esas inhabilidades. Es por ello que la regulación de la naturalización podía entenderse como un instrumento para controlar la inmigración, es decir, para potenciarla y para seleccionar entre aquellos extranjeros que se consideraban adecuados a los efectos de integrarse en la comunidad política.<sup>18</sup>

Pero ello no debe inducir a error. Que la regulación de la naturalización fuera utilizada con fines de control migratorio no implica necesariamente que el título constitucional en que dicha regulación se basaba fuera residencia adecuada para una autoridad más amplia en materia de extranjería. Como hemos visto, en el entendimiento originario de la cláusula de naturalización no estaba atribuir a la Federación el poder para regular los flujos migratorios. Su objetivo era conjurar un problema muy concreto. Sin embargo, es sabido que otros títulos competenciales, en especial la competencia en materia de comercio, han contado con la

Carey y James McClellan (Indianapolis: Liberty Fund, 2001), p. 221. En palabras del gran jurista Joseph Story, “si los extranjeros pu dieran ser admitidos indiscriminadamente y a voluntad de un solo Estado en el ejercicio de los derechos propios de la ciudadanía, podría con ello la propia Unión verse puesta en peligro como consecuencia de la llegada de extranjeros, hostiles a sus instituciones, ignorantes de sus poderes e incapaces de apreciar justamente sus privilegios.” Story, *Commentaries on the Constitution of the United States*, v. III p. 2.

<sup>17</sup> Para Cohn, mientras que la inmigración en el territorio continental europeo fue temporal, la inmigración a los Estados Unidos fue permanente, ya que “requería un viaje de seis semanas, en barco de vela y a través del océano atlántico,” Se citando estudios que calculan el porcentaje de retornados en torno al 2% en la década de 1860 y menos del 1% en las décadas anteriores. Cohn, *Mass migration under sail*, p. 10. En el mismo sentido, Pfander y Wardon, “Reclaiming the Immigration Constitution of the Early Republic” p. 365n25.

<sup>18</sup> En este sentido, Zolberg, *A Nation by Design*, p. 86 “la naturalización emergió como una segunda línea defensiva frente a los inmigrantes no deseados” destacando cómo ya la primera ley sobre la materia limitaba el derecho a naturalizarse a los hombres blancos y libres (*free white persons*), introduciendo con ello no sólo un impedimento basado en la raza, sino excluyendo también a quienes estuvieran sujetos a una relación de servidumbre lo que excluía a los inmigrantes europeos que realizaban el viaje tras celebrar un contrato de cumplimiento forzoso a cambio del pasaje. Por otra parte, la ley exigía que el extranjero que pretendiera naturalizarse observara “buena conducta” (*satisfactory character*), excluyendo con ello no sólo a los extranjeros delincuentes sino también sin recursos, ya que la pobreza se consideraba entonces un defecto de carácter necesitado de disciplina.

cláusula de los poderes implícitos<sup>19</sup> para ampliar su alcance, por lo que podría plantearse si ha ocurrido algo similar con el poder federal para regular la naturalización. El juez Taney, en su voto discrepante en *Smith v. Turner (Passenger Cases)*, rechazó esa posibilidad: “La naturaleza de las instituciones propias del gobierno federal hacen absolutamente necesario que ese poder [para naturalizar extranjeros] deba ser confiado al gobierno de la Unión, donde todos los Estados están representados y tienen voz... *El precepto no tiene nada que ver con la admisión o la exclusión de extranjeros, ni con la inmigración, tan sólo con los derechos propios de la ciudadanía.* Su único propósito fue impedir que un Estado pudiera imponer a todos los demás y al mismo gobierno general la decisión de atribuir a un individuo la condición de ciudadano que aquellos no estuvieran dispuestos a reconocer como tal.”<sup>20</sup>

Es cierto que, con posterioridad, no han sido pocas las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha mencionado el título competencial para regular la naturalización de extranjeros como fuente del poder federal en materia de inmigración.<sup>21</sup> Creemos, sin embargo, que ello se ha hecho habitualmente *obiter dictum*, en el contexto de una reafirmación general de la competencia federal y, las más de las ocasiones, de una enumeración de los varios y diversos orígenes que esta puede tener. Por tanto, el poder normativo reconocido para establecer el procedimiento y los requisitos para que un extranjero adquiriera la condición de ciudadano, que garantiza el precepto constitucional, no implica la atribución de un poder coextenso para regular el status del extranjero residente o el régimen para su

<sup>19</sup> Art. I, Secc. 8ª, § 10 Const. “El Congreso tendrá potestad: ... para dictar todas las leyes que sean necesarias y adecuadas para llevar a efecto las potestades mencionadas, y todas las demás potestades conferidas por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus ministerios u oficiales.”

<sup>20</sup> 48 U.S. 283

<sup>21</sup> *P. ej.*, Arizona v. U.S. 132 S.Ct. 2492 (2012) p. 2498 “el Gobierno de los Estados Unidos posee un amplio e incontrovertido poder sobre la inmigración y el estatus de los extranjeros ... Su autoridad descansa, en parte, en el poder constitucional del Gobierno nacional para ‘establecer una regla común de naturalización;’” *I.N.S. v. Chadha* 462 U.S. 919 (1983), p. 940 “la autoridad plena del Congreso sobre los extranjeros en virtud del Art. I § 8, cl. 4, no está abierta a discusión;” *Toll v. Moreno* 458 U.S. 1 (1982), p. 10 “la autoridad federal para regular el estatus de los extranjeros deriva de varias fuentes, incluyendo el poder” para naturalizar, la cláusula de comercio y “su amplia competencia sobre las relaciones exteriores;” *Plyler v. Doe* 457 U.S. 202 (1982), p. 225 “apoyándose en esta competencia [para naturalizar extranjeros], en su autoridad plena en materia de relaciones exteriores y comercio internacional, y sobre el poder inherente que como soberano ostenta para cerrar sus fronteras, el Congreso ha desarrollado un complejo marco jurídico para gobernar la admisión [de extranjeros] en nuestra nación y su estatus dentro de nuestras fronteras;” *Harisiades v. Shaughnessy* 342 U.S. 580 (1952), p. 599 “la competencia del legislador para excluir, admitir y expulsar extranjeros se infiere de la soberanía misma y de su poder para ‘establecer una regla uniforme de naturalización;’” *Hines v. Davidowitz* 312 U.S. 52 (1941), p. 66 “la conducta de los extranjeros antes de su naturalización es una materia que corresponde regular al Congreso en ejercicio de su obligación constitucionalmente prescrita de establecer una regla uniforme de naturalización.”

admisión y expulsión del territorio. Este se encuentra en otros pasajes diferentes de la Constitución o, incluso, fuera de ella, en el atributo de la soberanía.

Regular la inmigración y establecer las reglas para la naturalización de extranjeros son dos ámbitos de regulación claramente diferenciados.<sup>22</sup> El segundo de ellos no implica necesariamente el primero, como lo demuestra el hecho de que mientras la regulación de la naturalización se “nacionalizó” en tiempo muy temprano (como hemos visto, en 1790), el control sobre la frontera y la adopción de las normas y decisiones relativas a qué personas podían entrar y residir en territorio norteamericano estuvieron en poder de los Estados ininterrumpidamente hasta mediados de la década de 1870, en que la Federación comienza a legislar en la materia, con la imprescindible ayuda del Tribunal Supremo. Con o sin ayuda de la cláusula de los poderes implícitos, el poder para regular la naturalización es una sede incómoda en la que hacer habitar un poder general para regular la inmigración. Lo es por las peculiares características que tiene la fisonomía del título competencial, como hemos descrito, que se complace mal

El legislador estuvo presto en emplear su nueva competencia y en 1790 aprobó la primera ley reguladora de la naturalización.<sup>23</sup> En ella, sin embargo, no se dejaba claro si la Federación asumía el control de forma exclusiva sobre la regulación o si se limitaba a suplementar las normas estatales existentes. La legislación no aclaraba nada, y la vaga exigencia de uniformidad del título competencial admitía ya entonces distintas interpretaciones. Para algunos, el poder del legislador para “establecer una regla uniforme” debía ser necesariamente un poder

<sup>22</sup> En este sentido Aleinikoff et al., *Immigration and citizenship*, p. 189 no es obvio que el poder para naturalizar implique necesariamente el poder para regular la admisión de inmigrantes que eventualmente puedan adquirir la nacionalidad por naturalización, “puede distinguirse entre la regulación de la entrada física de extranjeros en el territorio nacional y la regulación del ingreso en la comunidad política mediante la extensión de la plenitud de derechos políticos a los ciudadanos naturalizados.” Legomsky y Rodríguez, *Immigration and Refugee Law and Policy*, p. 118 “con seguridad, la admisión y la expulsión, que conciernen al desplazamiento físico de extranjeros hacia y desde los Estados Unidos, es diferente a la naturalización, que se refiere a la pertenencia a la comunidad política nacional... inmigración y naturalización... describen procesos y promueven políticas diferentes.” Chang, “Public Benefits and Federal Authorization for Alienage Discrimination by the States,” p. 360 “el poder federal para regular la inmigración y la relación entre los Estados Unidos como nación y los extranjeros, sin embargo, no puede entenderse derivado sólo de la cláusula de naturalización. Por ello, aun cuando pueda estarse de acuerdo en que es necesaria la uniformidad en la regulación de la naturalización, de ello no resulta necesariamente que esa misma uniformidad sea exigible en la regulación de otras cuestiones relativas a los extranjeros”

En contra Pfander y Warden, “Reclaiming the Immigration Constitution of the Early Republic,” p. 416 “el poder del Congreso para regular la inmigración debería verse como una subespecie de su autoridad sobre la naturalización de extranjeros.” Carrasco, “Congressional Arrogation of Power” pp. 594n10 y 595 quien llega a la discutible conclusión de que “aunque la ‘naturalización,’ desde un punto de vista técnico, se refiere sólo al proceso de adquirir la nacionalidad, los tribunales interpretan el poder federal en esa materia de manera amplia” ofreciendo ejemplos del todo insatisfactorios.

<sup>23</sup> *An Act to establish an uniform rule of naturalization*, 26 marzo 1790, 1 Stat. 103.

“exclusivo, pues si cada Estado tuviera poder para prescribir una REGLA DISTINTA, no sería posible disponer de una REGLA UNIFORME.”<sup>24</sup> Otra lectura identificaba el propósito de la cláusula en impedir una política exceso rígida contra los extranjeros. En un tiempo en que la tendencia dominante era precisamente la de favorecer la inmigración para poblar los vastos territorios de la nueva nación, en *Collet v. Collet* <sup>25</sup>el *Circuit Court* de Pennsylvania (uno de los tres entonces existentes, constituido por dos magistrados del Tribunal Supremo itinerantes), declaró que los Estados conservaban aún “una competencia concurrente sobre la materia,” aunque no podían ejercerla “de tal manera que contraviniera la regla establecida por la autoridad de la Unión.” La cláusula constitucional tiene por objeto “preservar frente a un modo en exceso restrictivo de conferir los derechos propios de la ciudadanía, pero no frente a un modo más liberal de hacerlo.” Por ello, si bien los Estados no pueden excluir a los extranjeros naturalizados de acuerdo con las exigencias previstas en la legislación federal, pueden en cambio conferir la ciudadanía de acuerdo con criterios más laxos.<sup>26</sup>

Fue la ley sobre naturalización de 1795<sup>27</sup> la que estableció definitivamente las bases para un monopolio normativo nacional en la materia, con exclusión de cualquier poder concurrente estatal. La naturalización de los extranjeros había de producirse de acuerdo con las condiciones establecidas en la ley “y no cualesquiera otras,”<sup>28</sup> y así se repetiría posteriormente en las normas que la sucedieron. Aunque aparentemente algunos Estados continuaron durante un tiempo aplicando su propia legislación, la exclusividad federal en la materia fue confirmada

<sup>24</sup> Así lo sostuvo Alexander Hamilton, “Federalist no. 32,” en *The Federalist (The Gideon Edition)* editado por George W. Carey y James McClellan (Indianapolis: Liberty Fund, 2001), p. 155, en mayúsculas en el texto original.

<sup>25</sup> 2 U.S. 294 (1792). En el mismo sentido, *Portier v. Le Roy*, WL 612 (Pa. 1794).

<sup>26</sup> *Collet*, pp. 295-96.

<sup>27</sup> *An act to establish an uniform rule of Naturalization; and to repeal the act heretofore passed on that subject*, 29 enero 1795, 1 Stat. 414.

<sup>28</sup> *Id.*, sec. 1. “any alien, being a free white person, may be admitted to become a citizen of the United States, or any of them, on the following conditions, *and not otherwise...*”



definitivamente por el Tribunal Supremo en *Chirac v. Chirac*,<sup>29</sup> y reiterada después en numerosas ocasiones, destacando ahora una exclusividad impuesta *ex constitutione*<sup>30</sup> ahora resultado del efecto impediendo de la *legislación* federal.<sup>31</sup>

### 3. La teoría de la unidad del ejecutivo como limitación a la delegación

PERO LA DESCENTRALIZACIÓN vertical de las competencias de ejecución no sólo puede plantear problemas constitucionales desde el punto de vista del modelo federal, sino que también puede ser incompatible con determinadas concepciones de la separación (horizontal) de poderes. El Art. II de la Constitución atribuye en exclusiva el “poder ejecutivo” al Presidente de los Estados Unidos y le impone la obligación de “velar por que se ejecuten fielmente las leyes.”<sup>32</sup> Pues bien, se ha sostenido por algunos que el lenguaje empleado en los citados preceptos implica que la Constitución establece un “ejecutivo unitario” (*unitary executive*), es decir, que deposita el poder ejecutivo de manera exclusiva *en el Presidente de los Estados Unidos*. La Constitución ha elegido consciente y deliberadamente poner a una sola persona al cargo de la ejecución de todas las leyes federales.<sup>33</sup> Por supuesto,

<sup>29</sup> 15 U.S. 259 (1817) p. 270 “that the power of naturalization is exclusively in congress does not seem to be, and certainly ought not to be, controverted.” Aun antes, el *Circuit Court* de Pennsylvania, *obiter dictum*, había mostrado su inclinación por la misma conclusión en *United States v. Villato*, 2 U.S. 370 (Pa. Dist., 1797), y había dejado patente la idea de que, incluso aunque el Congreso no hubiera legislado sobre la materia, los Estados no podrían hacerlo, *Golden v. Prince*, 10 F. Cas. 542 (C.C. Pa. 1814) p. 547 “it certainly will not be contended, that the powers to pass bankrupt and naturalization laws, are, by the amendments to the constitution, reserved to the states in cases where they are not exercised by congress; because, this reservation is made only of such powers as are not granted to the general government; if granted, it would seem to follow, that they are not reserved to the states, or to the people.”

<sup>30</sup> *P. ej.*, *Davis v. Hall*, WL 882 (S.C. Const. 1818), p. 1 “the power of passing laws on the subject of naturalization exclusively appertains to the general government;” *Lynch v. Clarke*, 3 N.Y. Leg. Obs. 236 (1844), “it follows that such power was intended to be, and necessarily must be exclusive. And being exclusive, it cannot, as we have seen, be controlled by the unwritten or common law of one of the states, any more than it can be altered by the statute law of such state.”

<sup>31</sup> *P. ej.*, *Matthew's Lessee v. Rae*, 16 F. Cas. 1112 (C.C.D.C. 1829) “the state naturalization laws being superseded, and annulled *by the act of congress*.” Una visión más confusa, mezclando razonamiento de exclusividad constitucional y prelación, *Dred Scott v. Sandford* 60 U.S. 393 (1856) “no person can legally be made a citizen of a State, and consequently a citizen of the United States, of foreign birth, unless he be naturalized under the acts of Congress. ... *It is a power which belongs exclusively to Congress, as intimately connected with our Federal relations*. A State may authorize foreigners to hold real estate within its jurisdiction, but it has no power to naturalize foreigners, and give them the rights of citizens. *Such a right is opposed to the acts of Congress on the subject of naturalization, and subversive of the Federal powers*. I regret that any countenance should be given from this bench to a practice like this in some of the States, which has no warrant in the Constitution.”

<sup>32</sup> Art. II, secs. 1 y 3 U.S. Const.

<sup>33</sup> Calabresi y Prakash, “The President's Power to Execute the Laws,” pp. 663-64.

no se sostiene que el Presidente deba asumir personalmente la ejecución de todas las normas aprobadas por el legislador. Por el contrario, la cláusula de los poderes implícitos habilita al legislador federal para crear un aparato ministerial y una estructura burocrática para que le asistan en esa labor, pero no para instituir entidades independientes del Presidente que puedan ejercer poder ejecutivo. Por el contrario, las autoridades que integran la administración federal deben permanecer siempre bajo la dirección del Presidente, a quien compete en exclusiva decidir si delegar sus poderes de ejecución en ellas. Delegar, que no alienar, ya que, se insiste, el Presidente debe retener, *de iure* y *de facto*, el poder para supervisar y dirigir a los órganos o entidades en quien recae la delegación. Como razones para preferir un “ejecutivo unitario” en lugar de la estructura propia del gabinete colegiado se ha esgrimido que mientras que un ejecutivo plural puede ser lento y deliberativo y difuminar la responsabilidad política, la presidencia unitaria es proactiva y enérgica y es fácil identificar al único responsable político de las decisiones adoptadas, al tiempo que sirve como un mejor contrapeso al poder del legislador y refuerza.<sup>34</sup>

Tal y como explicó el juez Scalia en su voto discrepante en la sentencia *Morrison v. Olson*, la primera cuestión que debe abordarse para saber si una determinada actuación puede tener implicaciones para la doctrina es si constituye “un ejercicio de poder ejecutivo en sentido estricto,”<sup>35</sup> es decir, si se trata de actividades en las que normalmente no están implicados los otros dos poderes federales. A continuación, debe observarse “si el Presidente ha sido privado del control sobre el ejercicio del poder en cuestión,” debido a que las autoridades encargadas de llevar a cabo la ejecución no están sometidas a la supervisión y al pleno control del Presidente.<sup>36</sup> La doctrina ha identificado tres tipos de mecanismos de control a través de los cuales el Presidente puede supervisar el ejercicio de poderes delegados de ejecución: debe poder revocar la delegación en cualquier momento, desapoderando al órgano delegado, y ejecutar por sí mismo la ley; debe poder invalidar y dejar sin efecto las actuaciones de la autoridad en quien ha recaído la delegación; debe contar con la facultad para cesar y apartar del cargo a los empleados públicos en quien se ha delegado.<sup>37</sup> Esta última se ha considerado por algunos la única herramienta de control verdaderamente significativa,<sup>38</sup>

<sup>34</sup> Calabresi, “Some Normative Arguments for the Unitary Executive,” pp. 37-47.

<sup>35</sup> 487 U.S. 654 (1988), p. 705.

<sup>36</sup> Por ello concluye que el juez Scalia en *Morrison*, “ejercer la acción penal (y llevar a cabo una investigación para resolver si presentar o no la acusación) constituye un ejercicio de poder ejecutivo en sentido estricto” y debería estar por ello “bajo el control exclusivo” del Presidente. *Id.* p. 712-13.

<sup>37</sup> Calabresi y Prakash, “The President's Power to Execute the Laws,” pp. 595-96.

<sup>38</sup> Ello es así por la imposibilidad práctica de que el Presidente ejerza por sí mismo el poder delegado que ha avocado y porque, dado que es el legislador el que debe proveer los órganos y unidades ministeriales que deben asistir al Presidente en el cumplimiento de sus funciones,

Aunque el principio de la unidad del ejecutivo no es ni mucho menos pacífica, y se ha discutido sobre todo en el contexto de los argumentos contrarios a la creación de agencias independientes, tomada en serio podría plantear importantes impedimentos para que ejecuten el derecho federal estructuras administrativas que no están subordinadas al Presidente o que no pueden trazar hasta él, a través de sus subordinados, una relación jerárquica, como ocurre con las administraciones estatales. Pero la doctrina presenta especiales problemas cuando se trae a la articulación multinivel de los poderes de ejecución. Hasta el día de hoy, la única articulación que ha tenido en este contexto ha sido en el asunto *Printz v. United States*,<sup>39</sup> en el que el Tribunal declaró inconstitucional una ley federal que imponía a las autoridades estatales determinadas actuaciones de ejecución en aplicación de la normativa. Con ello, además de quebrantarse la *anticommandeering rule* derivada de la Décima Enmienda, se vulneraba el Art. II de la Constitución al preterir el poder presidencial para cumplir con su obligación constitucional de supervisar la ejecución del ordenamiento federal. La ley aprobada “transfiere la responsabilidad de su ejecución a miles de agentes en los 50 Estados, a los cuales se deja que apliquen la ley sin un mínimo control por parte del Presidente (si es que es posible siquiera ese mínimo control por su parte cuando no tiene el poder para nombrar o cesar),” socavando con ello el poder presidencial “ya que el Congreso puede actuar de forma igualmente efectiva tanto con él como sin él ... simplemente requiriendo a las autoridades estatales que ejecuten sus normas.”<sup>40</sup>

La propia estructura federal impide al Presidente cesar y apartar del ejercicio de sus funciones a una autoridad *estatal* en la que se delegue la ejecución del derecho federal o sustituirla con un nuevo nombramiento si demuestra una actitud recalcitrante. Su relación dependencia es con el Estado. Por razón de las limitaciones impuestas por el modelo federal, no es posible una concepción estricta de la supervisión presidencial de las delegaciones en favor de los Estados. Siendo ello así, las posibles soluciones son dos. *Primero*, cabe resolver que las delegacio-

la reasignación de los poderes de ejecución sólo puede hacerse en otras autoridades a quien el legislador haya identificado como competentes. *P. ej.*, Calabresi, “Some Normative Arguments for the Unitary Executive,” p. 58, Calabresi y Prakash, “The President's Power to Execute the Laws,” pp. 595-99, y Caminker, “Unitary Executive and State Administration of Federal Law,” pp. 1088-91.

La importancia también queda manifiesta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Free Enterprise Fund v. Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB)*, 561 U.S. (2010), que declara inconstitucional, por contraria al Art. II U.S. Const. determinadas disposiciones de una ley federal que limitaban el poder del Presidente para cesar y apartar del servicio, sólo por causa justificada, a los *Commissioners* de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), los cuales a su vez sólo podían cesar por causa justificada a los miembros del *Public Company Accounting Oversight Board*.

<sup>39</sup> 521 U.S. 898 (1997).

<sup>40</sup> *Id.*, p. 922.

nes en favor de las administraciones estatales están constitucionalmente prohibidas pues, el ejercicio de las competencias delegadas de ejecución no podrá desarrollarse nunca, en sentido estricto, bajo la dirección y el control del Presidente, ya que este nunca podrá ejercer su poder para cesar y apartar del servicio a la autoridad estatal.<sup>41</sup> Ello supondría, no obstante, poner fin a buena parte de las manifestaciones cooperativas que han cobrado vida en el federalismo estadounidense, especialmente desde los años 30, y crear ámbitos competenciales de ejecución estatal y federal completamente separados y protegidos constitucionalmente, recuperando en cierta medida el misticismo propio del federalismo dual. *Segundo*, cabe plantearse que no es necesario que el Presidente conserve el poder para cesar y apartar del servicio al agente delegado para entender que este está sometido a su supervisión y control. Bastaría que se garantizara la facultad para revocar la delegación<sup>42</sup> y avocar la competencia al órgano delegado o para invalidar y/o dejar sin efecto cualquier decisión del mismo.<sup>43</sup>

La exposición precedente no debe, sin embargo, hacer pensar que la doctrina tiene una aplicación generalizada y que constituye un límite real a la delegación de competencias de ejecución en los Estados. Tiene el potencial para constituir un límite a la delegación vertical, pero ese potencial a día de hoy no se ha desarrollado coherentemente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. En materia de extranjería, y a pesar de las extensas delegaciones de competencias en los Estados que se produjeron con las reformas de 1996, no podemos citar ni un solo ejemplo de la aplicación de la doctrina. En *Printz* fue utilizada como un argumento secundario, y el peso real del pronunciamiento del tribunal se encuentra en la censura que hace a la coerción ejercida por el legislador sobre las estructuras administrativas estatales para que apliquen el derecho federal y ni siquiera su gran defensor en el Tribunal, el juez Scalia, ha sido capaz de aplicarla coherentemente.<sup>44</sup>

<sup>41</sup> Caminker, "Unitary Executive and State Administration of Federal Law," pp. 1093-94.

<sup>42</sup> Para algunos un verdadero equivalente funcional del poder para cesar, Calabresi y Prakash, "The President's Power to Execute the Laws," pp. 639-42. En contra Caminker, "Unitary Executive and State Administration of Federal Law," pp. 1092 "la amenaza de ser apartados del servicio es lo que proporciona el incentivo más importante para obedecer la voluntad del Presidente. Pero los empleados estatales no se enfrentan a una amenaza similar. En su lugar, se enfrentan sólo a la amenaza de que les sea revocada la competencia federal,... que constituye a lo sumo una levísima sanción (cuando un beneficio) de la que no puede esperarse que induzca a los agentes estatales a seguir las políticas del Presidente."

<sup>43</sup> Lawson, "The Rise and Rise of the Administrative State," p. 1243.

<sup>44</sup> La experiencia histórica demuestra lo contrario a lo sostenido por el juez en su voto discrepante en *Morrison*: de una parte, el legislador, desde los orígenes mismos de la Nación, ha delegado en actores estatales poderes de ejecución del derecho penal federal, Krent, "Executive Control over Criminal Law Enforcement," p. 278, y, de otra, las autoridades estatales, autónomamente y sin necesidad de delegación, han llevado a cabo detenciones por delitos federales, con la bendición del Tribunal Supremo, *p. ej.*, *United States v. Di Re*, 332 U.S. 581 (1948). El propio juez Scalia, en *Arizona*, defenderá vehementemente las facultades de los

El propio Tribunal, en *Printz*, de forma paradójica, señaló que el principio de unidad del ejecutivo no impide al legislador buscar la “participación estatal voluntaria.”<sup>45</sup> Y decimos paradójicamente, porque la exigencia de supervisión presidencial debería eliminar todas las formas de ejecución estatal del ordenamiento federal no cuenten con ella, incluso cuando el Estado acepta voluntariamente. El propio ponente en *Printz*, el juez Scalia, responde a la crítica que al respecto le hace en su voto discrepante el juez Stevens, argumentando que si bien “es correcto señalar que el control por parte de un ejecutivo federal unitario también se ve sacrificado cuando los Estados voluntariamente administran programas federales,” la diferencia es que “la condición de la voluntariedad en la participación estatal reduce significativamente la capacidad del Congreso para utilizar este instrumento con el objetivo de reducir los poderes de la Presidencia.”<sup>46</sup> El salvoconducto que recibe en el pasaje transcrito la participación voluntaria de los Estados en la ejecución,<sup>47</sup> pone en terreno seguro todas las formas de delegación que vamos a estudiar en este capítulo.<sup>48</sup>

## **B. Federalismo cooperativo de ejecución en la lucha contra la inmigración irregular**

El federalismo contemporáneo no ofrece, pues, resistencias constitucionales significativas a la delegación de competencias. Ello es coherente con la descripción que hacíamos en el capítulo anterior de la transición, en los años 30, desde un modelo de federalismo dual, especialmente recalcitrante desde la década de 1880, hacia un modelo cooperativo, despojado de las rigideces constitucionales,

agentes estatales para investigar infracciones del ordenamiento federal de extranjería y detener a quien pudiera haberlas cometido. *Arizona v. United States*, 132 S.Ct. 2535 (2012), pp. 2515-17.

<sup>45</sup> *Printz*, 521 U.S. p. 923n12.

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> Caminker, “*Printz*, State Sovereignty, and the Limits of Formalism,” p. 231, considera que el Tribunal Supremo también salva de contradicción con el Art. II los supuestos en que el legislador motiva a los Estados, no para que ejecuten legislación federal, sino para que *ejercen sus poderes normativos* de acuerdo con objetivos federales, y ello porque las actividades de ejecución ulteriores lo son, en términos formales, de normativa estatal, y no del ordenamiento federal.

<sup>48</sup> A pesar de la opinión voluntarista de algún autor, Smith, “Delegating Away the Unitary Executive,” p. 212 “porque las autoridades que reciben el poder de ejecución en materia de inmigración de acuerdo con los acuerdos de la sec. 287(g) no son designados para por el Presidente o alguien en su nombre, pueden ser cesados por autoridades distintas al Presidente y sin su consentimiento, y tienen atribuidas funciones ejecutivas y no ejecutivas simultáneamente, el programa viola la teoría de la unidad del ejecutivo.”

de elaboración jurisprudencial, que habían tratado de administrar un sistema federal construido sobre dos esferas separadas e independientes de autoridad, la estatal y la federal, que sólo excepcionalmente podían concurrir.

## 1. Concurrencia normativa, implementación y ejecución cooperativa

El federalismo dual, lo vimos en el capítulo anterior, dejó de ser una teoría apropiada para ordenar las relaciones entre los distintos niveles de gobierno cuando las necesidades de la sociedad demandaron un mayor volumen de actividad regulatoria y una mayor interdependencia entre las administraciones en la gestión de los programas federales.

i) En el plano *legislativo* o de regulación primaria, ese nuevo federalismo relacional se tradujo en la posibilidad de que los poderes normativos federales y estatales pudieran concurrir en la inmensa mayoría de las materias. En la medida en que es un principio básico que las competencias de ejecución son coextensas a las competencias normativas, cuando los Estados tienen competencia para regular en un determinado ámbito sustantivo ello implica que tienen la capacidad para ejecutar su propio derecho, empleando sus propias estructuras administrativas y judiciales. En una realidad en que es posible la concurrencia normativa, es habitual que los Estados prohíban y sancionen conductas que también han sido tipificadas por el legislador federal. El solapamiento de los poderes regulatorios presupone una limitación en el alcance del efecto preentivo de la legislación federal.

Por ejemplo, los derechos Estatales tipifican y sancionan la posesión de determinadas sustancias prohibidas para su distribución,<sup>49</sup> y así lo hace también el legislador federal, que además incluye una cláusula de salvaguarda del poder tipificador de los Estados siempre que no se ejerza de manera contradictoria con la legislación federal.<sup>50</sup> El derecho estatal y el derecho federal sancionan así la

<sup>49</sup> *P. ej.*, *New York Penal Law*, § 220.06, “a person is guilty of criminal possession of a controlled substance in the fifth degree when he knowingly and unlawfully possesses...;” *Alabama Code* § 13A-12-212(a) “A person commits the crime of unlawful possession of controlled substance if: (1) Except as otherwise authorized, he possesses a controlled substance...”

Sec. 841(a) USC 21 “Except as authorized by this subchapter, it shall be unlawful for any person knowingly or intentionally—(1) to manufacture, distribute, or dispense, or possess with intent to manufacture, distribute, or dispense, a controlled substance; or (2) to create, distribute, or dispense, or possess with intent to distribute or dispense, a counterfeit substance.”

<sup>50</sup> Sec. 903 USC 21 - *Application of State law* “No provision of this subchapter shall be construed as indicating an intent on the part of the Congress to occupy the field in which that provision operates, including criminal penalties, to the exclusion of any State law on the same subject matter which would otherwise be within the authority of the State, unless there

misma conducta e incluso es posible que el Estado incorpore a su derecho, por remisión, la conducta prevista en el derecho federal. En todo caso, es importante retenerlo, dos estructuras administrativas aplican paralelamente idénticas (o similares) normas *pertenecientes a dos ordenamientos separados*, el estatal y el federal. Ello no implica, sin embargo, que derechos positivos idénticos vayan a producir realidades jurídicas idénticas. Las distintas instancias de ejecución tienen autonomía, y pueden asignar diferentes prioridades y recursos a la aplicación de su propio derecho.

La ejecución paralela de normas de conducta idénticas o similares es habitual no sólo en materia penal sino también en otros muchos ámbitos. Sin embargo, como hemos tenido ocasión de destacar, no lo es en materia de extranjería. El legislador ha regulado exhaustivamente la materia, eviscerando con ello la mayor parte de las competencias normativas de los Estados que, ni pueden sancionar, por incorporación, conductas previstas en el derecho federal (p. ej., falta de inscripción en el registro federal de extranjeros), ni pueden complementar los tipos sancionadores federales (p. ej., castigando no sólo al empleador de inmigrantes irregulares, como el derecho federal, sino también al solicitante de empleo). Una importante excepción la constituye la sanción del empleo de inmigrantes irregulares. La legislación federal, como vimos, expresamente ha salvado de su efecto preentivo la competencia de los Estados para castigar, de forma autónoma, con determinado tipo de sanciones (relativas a la limitación administrativa de derechos) al empresario que emplea inmigrantes irregulares. En este caso, los Estados regularán y aplicarán autónomamente su derecho, en paralelo a la aplicación, por la administración federal, de la sec. 1324c USC 8 que castiga la misma conducta con sanciones penales.

ii) Quintaesencia de las estructuras normativas propias del federalismo cooperativo, y que parten también de una preención limitada de los poderes regulatorios de los Estados, son aquellas, obra del legislador o de la administración federal, que se limitan a fijar estándares nacionales, garantizando en cambio la competencia de los Estados para su *implementación* y su ejecución material. El estándar federal establece un mínimo común que los Estados pueden autónomamente superar con exigencias más estrictas, conservando así cierto margen de discrecionalidad y responsabilidad para la creación de la regulación primaria y para su aplicación, lo que permite a cada Estado adaptar el programa normativo federal a las necesidades locales.

Normalmente, este tipo de regulaciones multinivel implican una integración de las estructuras regulatorias y burocráticas estatales y federales. La regulación

is a positive conflict between that provision of this subchapter and that State law so that the two cannot consistently stand together.”

federal suele confiar los poderes de implementación a una agencia estatal especializada, que actuará en colaboración con la agencia federal competente en la materia. Es más, es habitual que la norma federal exija al gobierno estatal delegar la responsabilidad de la administración del programa a una *única* agencia especializada en él y atribuya a la agencia federal la función de supervisar y certificar que los estándares establecidos por el regulador estatal cumplen las exigencias mínimas previstas en el derecho nacional, así como que son efectivamente aplicados. Tal y como ha destacado la doctrina, los vínculos y las sinergias que se generan entre las infraestructuras burocráticas, su común especialización y cultura tecnocrática, puede desplazar *de facto* su afiliación a la instancia de gobierno de la que dependen,<sup>51</sup> pudiendo llegar incluso a desviarse de su dirección política para perseguir objetivos propios mediante la cooperación con los expertos de los distintos niveles de poder.<sup>52</sup>

Múltiples ejemplos pueden hoy encontrarse de esta forma de articulación de las relaciones estatales y federales, especialmente en materia medioambiental.<sup>53</sup> En todo caso, conviene recordar e insistir una vez más, aún a riesgo de reiterarnos, que tanto los supuestos de implementación por los Estados de los objetivos

<sup>51</sup> Se ha hablado en este sentido de *picket-fence federalism* que recurre a la imagen de una valla de madera para describir “la manera en que las conexiones verticales dentro de los cada programa [desarrollo urbano, salud, educación etc] se superpone a las conexiones horizontales [a nivel federal, estatal y local] entre los distintos programas,” Kramer, “Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federal-ism,” pp. 283-84n269.

<sup>52</sup> *P. ej.*, Hills, “The Eleventh Amendment as Curb on Bureaucratic Power,” p. 1227 “los expertos de las agencias federales y estatales dentro de una misma especialidad –los postes de la valla– a menudo tienen más en común entre ellos que lo que les une al nivel de gobierno del que son empleados”

<sup>53</sup> Un ejemplo especialmente claro lo encontramos en la legislación federal sobre control de la calidad del agua para el consumo humano, cuyo origen se encuentra en la *Safe Drinking Water Act* de 1974, modificada posteriormente en varias ocasiones. Primero, el legislador impone al “administrador” federal, actualmente la EPA (*Environmental Protection Agency*) establecer como objetivo “un nivel máximo de contaminación” y aprobar una regulación nacional para aquellos contaminantes del agua potable que supongan un peligro para la salud de las personas (§ 300g–1(b)(1)(A) USC 42). El punto de partida es, pues, un efecto preventivo limitado de la legislación federal, que expresamente declara que en medida alguna la ley “limita el poder del Estado... para adoptar o ejecutar una ley o regulación de las aguas destinadas al consumo humano o de los sistemas públicos de aguas” siempre y cuando “no exima del cumplimiento de ninguna de las exigencias previstas” en ella (§ 300g–3(e) USC 42).

No obstante, sólo se atribuye a los Estados la responsabilidad principal de la ejecución cuando que el administrador federal compruebe, caso por caso, que el Estado ha adoptado una normativa de las aguas potables que no es menos rigurosa que la establecida a nivel nacional (que, recuérdese, compete aprobar al propio administrador); que ha regulado e implementado los procedimientos adecuados para la ejecución de esa normativa estatal, incluyendo las medidas de supervisión, inspección y control que en su caso hubiera impuesto el administrador federal; y que ha previsto sanciones administrativas adecuadas, en una cuantía mínima (§ 300g–2(a)(1)(2) y (6) USC 42). Si el Estado no adoptara o no aplicara eficazmente un estándar respetuoso con la normativa nacional, el “administrador.” es decir la agencia federal, asumiría completamente la responsabilidad de la regulación del agua potable en el Estado.



federales, como los de concurrencia normativa, encuentran su premisa en un ejercicio limitado del poder preentivo por parte del legislador federal, que puede en cualquier momento asumir, en exclusiva, la responsabilidad sobre la regulación y las actividades de ejecución en la materia de que se trate.

iii) Ahora bien, es necesario preguntarnos qué ocurre con las competencias de ejecución de los Estados precisamente en los supuestos en que no existe regulación primaria a nivel subfederal, bien porque el legislador federal ha ejercido su poder preentivo, extinguiendo todo poder del Estado para legislar en la materia, bien porque el legislador estatal no ha intervenido, aun pudiendo hacerlo de manera concurrente. Es en ese momento en el que cobra verdadera trascendencia práctica la distinción que debe observarse entre competencias normativas y competencias de ejecución. Normalmente, ambas van de la mano: el nivel de gobierno que crea la ley, la ejecuta. Sin embargo, esa correlación se rompe si se permite, como en el modelo estadounidense, la *delegación vertical de las competencias de ejecución*, es decir si es posible autorizar a las administraciones estatales a ejecutar el derecho federal en ámbitos en que el legislador o el regulador subfederal no ha actuado de manera concurrente con los poderes normativos federales, porque no quiere o porque no puede.<sup>54</sup> El fenómeno relativamente reciente,<sup>55</sup> aunque hoy ampliamente extendido.

En efecto, muchas normas federales atribuyen competencias para su ejecución tanto a la administración federal como a los Estados. Habitualmente la delegación apodera al *attorney general* estatal a perseguir judicialmente (ante los

<sup>54</sup> El ejercicio por los Estados del poder para ejecutar el derecho federal puede tener lugar, por tanto, incluso en ámbitos cuya regulación monopoliza el legislador federal, y en el que los Estados no pueden crear Derecho. *P. ej.*, la legislación federal “desplaza cualquier regulación estatal sobre el uso del correo electrónico para enviar mensajes comerciales” (§ 7707 USC 15), al tiempo que reconoce la facultad de ejercitar una acción civil ante los tribunales federales “al *attorney general* del Estado o a cualquier autoridad u órgano estatal,” que considere que se han infringido las prohibiciones sobre uso comercial del correo electrónico previstas en la propia ley (§ 7706(f)(1) USC 15); en otro ejemplo, la legislación federal extiende su efecto preentivo determinadas regulaciones estatales relativas a productos o servicios agrícolas (§ 16(e) USC 7), al tiempo que reconoce a las autoridades estatales la facultad para perseguir judicialmente cualquier infracción de la legislación federal (§ 13a–2 USC 7).

<sup>55</sup> La década de 1980, el gobierno federal abandonó en buena medida la idea, hasta entonces prevalente, de que el gobierno federal y los gobiernos estatales eran aliados, viéndolos en cambio como entes soberanos rivales. En la mayor parte de los ámbitos de interés público, se sostuvo, únicamente los Estados tienen la autoridad, los medios, y la capacidad para identificar los sentimientos de los ciudadanos y administrar conforme a ellos. En consecuencia, se intensificó el progresivo repliegue de las agencias federales y la devolución de competencias de ejecución a los Estados. No obstante, no debe perderse de vista que esa nueva concepción estuvo al servicio de una agenda política conservadora que llevó a los poderes federales, al tiempo que operaban esa devolución de competencias, a usar agresivamente su poder preentivo para poner coto a los Estados cuando sus intervenciones podían hacer peligrar su proyecto desregulador de la economía, y a dar una vuelta de tuerca a los resortes coercitivos del modelo federal para alinear coactivamente a los Estados con las políticas nacionales. Robertson, *Federalism and the making of America*, pp. 149-50. Sobre los elementos coercitivos aparecidos en el federalismo cooperativo, ver Cap. ...

tribunales federales) las infracciones del derecho nacional. Se trata de una institución muy diferente a la agencia especializada del Estado a la que se confiere, en colaboración con su homóloga federal, la implementación de los programas federales. En efecto, aunque el *attorney general* puede tener vínculos con determinadas agencias federales, esas conexiones quedan muy lejos de la extensa interdependencia que se crea entre las agencias de uno y otro nivel de gobierno cuando implementan conjuntamente un programa federal. En contraste con la especialización absoluta dependencia funcional y orgánica que caracteriza a estas agencias estatales, el *attorney general* es una institución generalista, que debe definir su posición sobre cuestiones políticas muy variadas, y es un puesto electivo que no sólo puede verse en la tesitura de tener que discrepar con la ortodoxia federal para responder al sentimiento de sus electores, sino cuyo alineamiento político no tiene por qué coincidir con el que domina en el legislativo o en el ejecutivo estatal.<sup>56</sup>

La traslación de poderes a los Estados para su participación en la ejecución del derecho federal de extranjería, no responde exactamente a ninguno de los fenómenos de devolución de competencias de ejecución que acabamos de exponer y comparte, algunos rasgos con ellos. Así, se produce en un ámbito donde la densa normativa federal ha proyectado un efecto preentivo devastador sobre las capacidades normativas estatales permitiendo a los Estados participar en la ejecución de un derecho ajeno en un ámbito donde no pueden crear derecho propio. Las facultades que se delegan nunca van a implicar una capacidad para la ejecución completa del ordenamiento sancionador federal, como sí puede hacer el *Attorney General* estatal o la agencia especializada en los supuestos de delegación e implementación. La identificación del extranjero en situación irregular, su detención y, en determinados supuestos, la iniciación del procedimiento administrativo de expulsión son las actuaciones que la delegación va a permitir realizar a las agencias estatales y locales en ejecución del derecho federal. Ahora bien, el impulso del procedimiento administrativo hasta su terminación, la ejecución de la expulsión o el ejercicio, en su caso, de la acción penal, cuando se trate de un delito de extranjería, corresponde en exclusiva a las autoridades federales. Por otra parte, en esta traslación de (limitadas) capacidades de ejecución en materia de inmigración, se van a entablar relaciones de correspondencia entre las estructuras administrativas implicadas, más acusadas en los supuestos de delegación dotados de una mayor formalización, en las que las burocracias estatales van a actuar bajo la dirección y la supervisión de la administración federal.

<sup>56</sup> Lemos, "State Enforcement of Federal Law," pp. 742-43.

## 2. La ejecución cooperativa del ordenamiento de extranjería como necesidad federal

En un terreno, el de la ejecución del ordenamiento de extranjería, que la administración federal había monopolizado desde que el legislador nacional se hiciera cargo en exclusiva de su regulación a finales del siglo XIX, cabe preguntarse qué cambió para que se abriera paso un marco de relaciones en las que se hacía posible, y aún se potenciaba, la devolución de capacidades para participar en la ejecución federal y la cooperación entre las administraciones. Pues bien, la progresiva criminalización del derecho de extranjería no sólo propició las incursiones normativas de los Estados, y las consiguientes fricciones, que hemos estudiado en el capítulo anterior, sino que se tradujo en que la burocracia federal tuviera cada vez más dependencia de las estructuras administrativas estatales y locales, para la localización e identificación de los extranjeros que se encontraran que habían cometido de algún delito. En muchos sectores el derecho federal es la primera fuente de regulación, y sus estructuras burocráticas han crecido de forma acorde al ordenamiento positivo. Sin embargo, y sin perjuicio de la importancia que ha tenido la intervención federal en el ámbito penal en el último medio siglo, lo cierto es que la lucha contra el delito sigue siendo un ámbito en el que dominan los Estados de forma abrumadora. En efecto, son las agencias policiales estatales y locales las encargadas de prevenir y perseguir la comisión de los delitos comunes y mantener el orden público,<sup>57</sup> sus sistemas judiciales los encargados de procesar y condenar a los responsables<sup>58</sup> y sus administraciones penitenciarias las que acogen a la inmensa mayoría de quienes se encuentran cumpliendo condenas privativas de libertad.<sup>59</sup>

La perspectiva de una ejecución multinivel de las normas o una administración cooperativa de los programas federales se ha justificado en la necesidad de potenciar la efectividad del ordenamiento nacional y asegurar con ello un mayor grado de cumplimiento al incorporar a la labor más recursos materiales y personales. Dada la asimetría entre los aparatos burocráticos penales de los Estados y de la administración federal, que cuenta con escasos medios para, por sí misma,

<sup>57</sup> Algunos datos pondrán en evidencia la importancia de los Estados en el ámbito de la lucha contra el delito, en comparación con la federación. En 2010, las fuerzas del orden estatales y locales llevaron a cabo 13.122.110 detenciones por delitos comunes, mientras que las agencias federales efectuaron 179.034. Snyder, *Arrest in the United States, 1990-2010*, p. 2; Motivans, *Federal Justice Statistics, 2010*, p. 3.

<sup>58</sup> El sistema judicial federal asumió una carga de 86,043 asuntos penales, por delitos graves en 2010, los aparatos judiciales estatales alrededor de 6,3 millones, LaFountain et al., *Examining the Work of State Courts*, p. 3; Motivans, *Federal Justice Statistics, 2010*, p. 19.

<sup>59</sup> Por último, de una población carcelaria de 6.906.200 presos sirviendo condena, sólo 347.000 (un 5%) lo hacían en un establecimiento federal, el resto en centros estatales o locales. Glaze y Kaeble, *Correctional Populations in the United States, 2013*, p. 11.

alcanzar un nivel óptimo de cumplimiento de su propio ordenamiento sancionador,<sup>60</sup> bien puede entenderse que la ampliación de los tipos penales de extranjería y de las consecuencias para la situación administrativa del extranjero de su actividad criminal, unido a una reorientación de las prioridades federales de ejecución para centrarse en una población de delincuentes extranjeros cada vez más extensa, haya creado a los poderes federales una mayor dependencia de las estructuras administrativas estatales a la hora de ejecutar eficazmente el ordenamiento de extranjería. Por ello, de modo similar a la necesidad que se sintió, en los años 80, de incorporar a las agencias estatales y locales cuando se declaró una prioridad nacional la persecución del tráfico de drogas, la actividad de las bandas violentas y el terrorismo,<sup>61</sup> los poderes federales se han visto impelidos a sumar a los esfuerzos nacionales en la lucha contra la inmigración irregular los medios con que cuentan las administraciones estatales y locales, convertidas así en un “factor multiplicador esencial.”<sup>62</sup>

En definitiva, pues, es la enorme dependencia que los poderes nacionales tienen de los Estados para que su propio ordenamiento y sus programas puedan aplicarse eficazmente, la que ha propiciado una traslación de responsabilidades hacia las administraciones estatales, que han adquirido con ello una correlativa capacidad de influencia en el modo en que las políticas federales se ponen en práctica.<sup>63</sup> Y es que, en efecto, la ejecución por los Estados del derecho federal no sólo potencia su efectividad, sino que puede transformar el derecho mismo, puesto que “el interés público que promueve la ejecución estatal es el interés del Estado y de sus ciudadanos, mientras que la ejecución federal pretende servir a un interés nacional más amplio.”<sup>64</sup> En este sentido, se ha destacado la oportunidad que las estructuras cooperativas brindan a los Estados para que, lejos de actuar como aliados o instrumentos serviles a la hora de implementar y aplicar objetivos nacionales, se erijan, dentro de esa estructura cooperativa, como rivales,

<sup>60</sup> En 2008 las agencias policiales estatales y locales sumaban 765.246 agentes con capacidad para practicar detenciones, Brian A. Reaves, “Census of State and Local Law Enforcement Agencies, 2008,” *Bureau of Justice Statistics Bulletin* NCJ 233982, julio de 2011, p. 2. El *Immigration and Customs Enforcement*, encargado de perseguir las infracciones de extranjería en el interior del territorio de los Estados Unidos, contaba con sólo 12.446 agentes. Brian, *Federal Law Enforcement Officers, 2008*, p. 2.

<sup>61</sup> Richman, “The Past, Present, and Future of Violent Crime Federalism,” pp. 393-95.

<sup>62</sup> Expresión empleada por Kris Kobach, uno de los académicos más influyentes en la defensa de la competencia de los Estados y entidades locales para perseguir infracciones de extranjería. Kobach, “The Quintessential Force Multiplier,” p. 181.

<sup>63</sup> Kramer, “Understanding Federalism,” p. 1544.

<sup>64</sup> Lemos, “State Enforcement of Federal Law,” p. 701.

adversarios y disidentes de las instancias federales de gobierno y de sus políticas.<sup>65</sup> Es más, en esa actitud han encontrado en ocasiones de su lado a determinados niveles de la propia administración federal. En efecto, como hemos apuntado más arriba, el desarrollo de vínculos entre los administradores estatales y federales, por razón de su común cultura burocrática y especialización funcional, puede llevar a que compartan entre sí similares puntos de vista sobre el modo de llevar a cabo la ejecución de las leyes que, en cambio, pueden ser antagónicos con los de las instancias de gobierno en las que aquellos están integrados. Así, como tendremos ocasión de señalar en su momento, las fuerzas del orden estatales y locales han encontrado un aliado en los empleados de las agencias federales para tratar de dar una vuelta de tuerca al rigor de las políticas nacionales de inmigración ante la percepción de que el propio gobierno federal se dirigía exactamente en dirección contraria.<sup>66</sup> En todo caso debe quedar claro que esa capacidad de influencia y esa aptitud para adoptar decisiones, a la hora de ejecutar el derecho nacional, con impacto transformador de las políticas federales es, no se pierda de vista, contingente, en la medida en que quedará extinto tan pronto como el legislador nacional así lo determine. No obstante, si bien desde una perspectiva estrictamente jurídica la administración federal puede asumir en régimen de monopolio la ejecución del derecho federal, en términos prácticos es muy difícil que pueda hacerlo por las limitadas capacidades de sus estructuras burocráticas.

El valor que tienen los Estados como rivales o competidores de la administración federal ha sido tradicionalmente reivindicado por los defensores de la *autonomía* estatal. Sostienen que ese papel pueden representarlo precisamente

<sup>65</sup> Bulman-Pozen y Gerken, “Uncooperative Federalism,” pp. 1258-60.

<sup>66</sup> La insatisfacción de los empleados de las agencias federales con las políticas del gobierno de Obama alcanzó un momento decisivo cuando, en agosto de 2012, diez agentes del *Immigration and Customs Enforcement* (ICE), solicitaron ante un tribunal federal la suspensión cautelar de la iniciativa del gobierno que concedía permiso de trabajo y protección temporal (*deferred action*) frente a la expulsión a aquellos residentes de larga duración que hubieran entrado ilegalmente en el país siendo niños, acompañando a sus progenitores (por ello las medidas recibieron en acrónimo de DACA, *Deferred Action for Childhood Arrivals*), por considerar que ello era contrario a las previsiones legales contenidas en la INA y al deber constitucional del poder ejecutivo de garantizar que las leyes se ejecutan fielmente. Ver *Crane v. Napolitano*, 920 F.Supp.2d 724 (N.D.Tex. 2013), p. 738, donde el tribunal reconoce el perjuicio que se causa a los agentes cuando el gobierno, prevaliéndose de la relación laboral de dependencia les obliga a adoptar decisiones que pueden violar la ley federal.

Por otra parte, como veremos a lo largo de este capítulo, los esfuerzos del gobierno federal por establecer prioridades de ejecución han tenido por objeto establecer un marco estable para lidiar con el flujo de actuaciones de las agencias estatales y locales que participan en la aplicación del ordenamiento de extranjería y embridar la discrecionalidad con que actúan las unidades administrativas de las agencias federales de inmigración, en las cuales hay instalada una cultura de trabajo que favorece una aplicación estricta del ordenamiento de extranjería, ya que la captura y expulsión de extranjeros en situación irregular es la función que define su existencia y sirve como medida de su productividad. Sobre esto último, Rabin, “Victims or Criminals?,” pp. 224-25.

cuando se garantiza la capacidad del Estado para tomar decisiones políticas y regular de forma autónoma, separada y sin interferencia alguna de los poderes federales, como agentes ajenos a los poderes normativos y al aparato burocrático federal. Con independencia de las debilidades que hoy tiene la autonomía estatal, desprovista, en buena medida, de las rígidas defensas constitucionales con que antaño contaba frente a cualquier intromisión de los poderes federales, lo cierto es que, como veremos en el capítulo siguiente, la reivindicación de cierto grado de autonomía estatal para *participar* unilateralmente, como ‘outsiders,’ en la ejecución del derecho federal de extranjería (lejos, en todo caso, de la autonomía regulatoria), ha tenido en efecto la virtualidad de rivalizar y competir con la administración federal, desafiando sus políticas. Ello lo veremos más adelante, ahora nos centramos en el ten con ten entre la colaboración y la subversión que se ha producido entre los Estados y el poder federal en el contexto de las estructuras cooperativas.

### 3. Cooperación como pretexto, y conflicto, en la ejecución del ordenamiento de extranjería

LA TENSION GENERADA por la necesidad de contar con la asistencia de los Estados para la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, y la virtud que en esa necesidad han encontrado los Estados para influir y transformar las políticas nacionales sobre inmigración van a determinar la puesta en práctica de todas y cada una de las formas institucionalizadas de cooperación que se han articulado por el legislador y la administración federales desde mediados de los años 90. De una parte, los poderes federales han mantenido formalmente un control exclusivo sobre la selección de las prioridades de ejecución, y la determinación del número y categorías de extranjeros en los que deben centrarse los esfuerzos, federales y estatales, para su expulsión. De otra, los Estados, aun impedidos legalmente para participar en la elaboración de esas prioridades, han empleado las estructuras cooperativas montadas por el legislador para socavar el control federal.

Como acabamos de ver, las prioridades federales están basadas en la historia criminal del extranjero y en la gravedad de la infracción de extranjería cometida. La administración federal ha intentado partir de un mínimo común denominador sobre el que existe un amplio consenso: que aquellos extranjeros que se encuentran ilegalmente en el país y que cometen algún delito deben ser expulsados. Es difícil imaginar un objetivo más prioritario para la ejecución de la legislación de extranjería.<sup>67</sup> Sin embargo, muchos Estados y entidades locales han expresado su

<sup>67</sup> Schuck, “Taking Immigration Federalism Seriously,” p. 74.

discrepancia, tratando de influir en la fisonomía de régimen federal de expulsión, y para ello han encontrado numerosas vías. En efecto, como ya hemos señalado, la progresiva convergencia entre el derecho de extranjería y el derecho penal, que las propias prioridades federales no han hecho sino acentuar, ha convertido la cooperación de las agencias policiales estatales y locales en un medio vital para el funcionamiento de la maquinaria administrativa de expulsión. Las interacciones que los particulares tienen con la policía se producen, en su mayor número, con empleados de agencias estatales y locales, pero muy raramente con agentes federales, ya que, como hemos destacado, en la lucha contra la criminalidad dominan los sistemas judiciales y los aparatos burocráticos y policiales estatales.

Por si fuera poco, la herramienta fundamental empleada por la administración federal para la detección e identificación de los delincuentes extranjeros ha ido desplazándose desde la condena (último hito del procedimiento penal), hasta el momento inicial de la detención policial. Esto ha supuesto un extenso desplazamiento de poder a manos de los agentes estatales y locales, ya que estos tienen, como se verá, una enorme discrecionalidad a la hora de decidir si practicar una detención o no hacerlo, en especial cuando se trata de infracciones menores (p. ej., de tráfico). Cuando la cooperación estatal-federal determina que las actuaciones rutinarias de las agencias policiales estatales funcionen como un resorte de las consecuencias federales de extranjería, los empleados de esas agencias pueden verse impulsados a responder a motivaciones locales, en lugar de a objetivos propios de la política migratoria federal. Ello puede potenciar que la policía local centre su atención en inmigrantes sospechosos de encontrarse en situación irregular, en lugar de en aquellos que hayan podido cometer un delito grave utilizando la detención tan sólo como un pretexto para perseguir sus propias prioridades en la persecución de la inmigración clandestina.<sup>68</sup>

Como actor del sistema de justicia penal estatal o local, el agente local o estatal que practica una detención por una infracción opera al margen de la cadena de mando federal, y en la medida en que no se haya establecido a nivel local o estatal una política relativa a la persecución de las infracciones de extranjería, el agente puede elegir libremente si emprender la detención por cualquier infracción como pretexto de una acción de policía de extranjería. Una detención que, si bien no tiene apenas consecuencias en lo concerniente a la responsabilidad penal del particular, en cambio pueden tener consecuencias de enorme importancia para el extranjero en situación irregular. En definitiva, al emplear la detención

<sup>68</sup> Jain, "Arrests as Regulation," pp. 827, 831-33.

como elemento desencadenante del control sobre el estatus inmigratorio, el poder para iniciar dicho control se ha puesto, *de facto*, en manos de las autoridades estatales y locales.<sup>69</sup>

Podría pensarse que se está exagerando la relevancia de la actuación a nivel subfederal. Al fin y al cabo, si las administraciones estatales y locales cuentan con amplia discrecionalidad para aplicar el derecho penal estatal, la administración federal cuenta con una amplia discrecionalidad para, en cada caso individual, decidir si expulsar o no a un extranjero. Algunos autores han destacado que en la cadena de actuaciones administrativas discrecionales que tienen lugar desde que un extranjero es detenido, pasando por la instrucción del expediente sancionador, y la resolución por un tribunal administrativo sobre la procedencia o no de la expulsión, hasta que se procede a ejecutar la decisión de retorno adoptada, la “discrecionalidad que importa” es la ejercida en el momento inicial de la detención.<sup>70</sup> Un extranjero tiene, en general, muy pocas posibilidades de entrar en contacto con la administración federal, ya que el número de extranjeros que puede ser expulsados es muy alto y los recursos con los que cuenta la administración nacional, escasos. Sin embargo, una vez que es detenido e identificado, el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en las fases posteriores a la detención es, en la práctica, poco relevante y las probabilidades de que sea expulsado (o condenado penalmente si entro ilegalmente en el país) son extraordinariamente altas.<sup>71</sup> La detención, por tanto, tiene una influencia decisiva en el resultado final del ejercicio de las potestades sancionadoras.

Con todo ello en mente debemos ahora exponer las distintas manifestaciones que la cooperación ha tenido en el terreno de la ejecución del ordenamiento federal de extranjería y que precisamente los Estados han usado para apalancar las prioridades fijadas por el gobierno federal y así influir decisivamente en la política de expulsión de extranjeros. Como en otros ámbitos, la taxonomía de la cooperación una gran variedad de fórmulas: las remisiones normativas contenidas en el derecho positivo federal a decisiones administrativas y judiciales estatales a las que se asocia un efecto para el estatus inmigratorio; la celebración de acuerdos formales, estableciendo un sistema de relaciones contractuales entre

<sup>69</sup> Cox y Posner, “Delegation in Immigration Law,” pp. 1336-37, 1347.

<sup>70</sup> Motomura, “The Discretion That Matters,” p. 1826 “the enforcement discretion in that matters in immigration law has been in deciding who will be arrested –not in deciding who, among those arrested, will be prosecuted.”

<sup>71</sup> Motomura, “The Discretion That Matters,” pp. 1829-42 y Motomura, *Immigration Outside the Law*, p. 130 calculando que si bien los inmigrantes irregulares en los Estados Unidos superan los 11.2 millones, las detenciones en el año 2009, incluyendo las aprehensiones en frontera (lo cual magnifica la estadística), no excedieron el millón (menos del 10 por 100), pero “una vez que el infractor es detenido, cálculos aproximados sugieren que entre el 65 y el 90 por 100 fueron procesados, se resolvió su expulsión y fueron definitivamente retornados.”



agencias federales y estatales o locales; la administración de programas federales que emplean técnicas de colaboración administrativa como la consulta informal, o la comunicación o el intercambio de información. En todas ellas, los Estados insatisfechos con las políticas federales encontrarán la forma de ejercer influencia para transformar la ejecución del derecho federal de extranjería y, con ello, el propio derecho objetivo.

### **C. Remisiones al derecho (penal) sustantivo de los Estados y su influencia colateral en la aplicación de las normas federales sobre expulsión de extranjeros**

La legislación federal hace depender su aplicación, en ocasiones, de condiciones fácticas en cuya apreciación pueden intervenir las autoridades estatales o locales,<sup>72</sup> o de consideraciones normativas que compete determinar a los Estados. En este último sentido, puede decirse que la legislación federal contiene verdaderas *normas de extranjería en blanco* que es preciso colmar acudiendo a la regulación sustantiva estatal. De esta forma, el legislador estatal puede contar con cierto margen para manipular su derecho a los efectos de influir en la aplicación de la disciplina federal de extranjería, y muy significativamente, en la determinación por la administración federal de la procedencia de la expulsión. Debemos centrar nuestra atención en el papel que puede jugar el derecho penal sustantivo de los Estados para determinar la procedencia de la expulsión de un extranjero que ha sido condenado por delito, pero no queremos dejar de poner un ejemplo de la misma clase de delegación oblicua articulada por el legislador: la remisión que se hace al concepto de “cónyuge” previsto en el Derecho de familia estatal.

#### **1. Excurso: expulsión de extranjeros y regulación estatal del matrimonio**

LA LEGISLACIÓN FEDERAL reconoce el derecho a optar a la residencia permanente a los cónyuges de ciudadanos y residentes de larga duración y, lo que es más relevante a nuestro propósito, permite la revocación de la decisión de expulsión de un extranjero, i) cuando exista una relación familiar o de parentesco con determinadas personas, por ejemplo con un *cónyuge* que tenga la nacionalidad o sea

<sup>72</sup> *P. ej.*, la concesión de un visado de trabajo depende de las condiciones del mercado de trabajo a nivel local, y la legislación federal exige que el empleador que solicita al trabajador extranjero demuestre que ha llevado a cabo previamente, sin éxito, una búsqueda activa de trabajadores nacionales. sec. 1182(a)(5)(A)(i) USC 8.

residente de larga duración, y se pueda demostrar que la deportación produciría al cónyuge “dificultades extremadamente insólitas y excepcionales”<sup>73</sup> y ii) cuando el extranjero que deba ser expulsado hubiera sido víctima de violencia doméstica a manos de su *cónyuge*, si este tuviera la ciudadanía o fuera residente permanente.<sup>74</sup>

Pero la existencia misma de la unión matrimonial, y de la condición de cónyuge, a efectos de aplicación de la legislación sobre inmigración, se hace depender por entero de la legislación estatal, que es la que tradicionalmente ha regulado el Derecho de familia. Sólo se considera “cónyuge” a quien ha contraído matrimonio válido según la ley del Estado en que se celebró *y* del Estado en que reside o pretende residir (si es que el reagrupado no está aún en territorio norteamericano). Tradicionalmente los problemas se han centrado en las diferencias existentes en las regulaciones estatales sobre la edad para consentir y en el matrimonio endogámico. Más recientemente, en cambio, la atención ha tornado hacia las diferencias sobre el reconocimiento del matrimonio homosexual. Hasta comienzos de la presente década la propia legislación federal limitaba la definición de matrimonio a la unión entre hombre y mujer y prohibía que los matrimonios de personas del mismo sexo pudieran ser considerados a los efectos de reconocer un beneficio o prestación federal (incluidos, por tanto, los previstos en la legislación sobre inmigración).<sup>75</sup> Sin embargo, el propio ejecutivo federal desacreditó la constitucionalidad de la regulación,<sup>76</sup> que fue definitivamente invalidada por el TS en 2013,<sup>77</sup> lo que permitió a partir de ese momento que las autoridades federales de inmigración reconocieran los efectos del matrimonio homosexual si este era válido de

<sup>73</sup> El legislador habla de “exceptional and extremely unusual hardship.”

<sup>74</sup> Sec. 1229b (b)(1) USC 8.

<sup>75</sup> Ver *Defense of Marriage Act* (DOMA), Pub. L. 104-199 (1996), cuya sec. 3<sup>a</sup> establecía: “In determining the meaning of any Act of Congress, or of any ruling, regulation, or interpretation of administrative bureaus and agencies of the United States, the word ‘marriage’ means only a legal union between one man and one woman as husband and wife, and the word ‘spouse’ refers only to a person of the opposite sex who is a husband or wife.” Aún antes, la normativa de extranjería permitía inadmitir en frontera a los homosexuales, hasta su modificación en 1990, *cf.* Pub. L. 101-649 (1990) sec. 601(a). En general, sobre el tratamiento de los homosexuales en el derecho de extranjería norteamericano, véase Johnson, *The ‘Huddled Masses’ Myth*, pp. 140-151.

<sup>76</sup> En verdad, la postura del ejecutivo federal fue ambigua al respecto: si bien declinó defender la DOMA en los tribunales frente a las demandas que sostenían su inconstitucionalidad, comunicó que continuaría aplicándola; ver Charlie Savage y Sheryl Gay Stolberg, “In Shift, U.S. Says Marriage Act Blocks Gay Rights,” *New York Times*, 23 febrero 2011, p. A1. Por ello, la administración rechazó solicitudes de visado al tiempo que suspendía la adopción de determinadas decisiones sobre solicitudes hechas por matrimonios homosexuales; ver Julia Preston, “Confusion over Policy on Married Gay Immigrants,” *New York Times*, 30 marzo 2011, p. A14. Algunos jueces, por su parte, también suspendieron procedimientos de expulsión cuando el interesado formaba parte de una unión homosexual; ver Julia Preston, “Judge Gives Immigrant in Same-Sex Marriage a Reprieve from Deportation,” *New York Times*, 7 mayo 2011, p. A12.

<sup>77</sup> *United States v. Windsor*, 133 S.Ct. 2675 (2013).

acuerdo con la legislación del lugar de su celebración, y ello aunque la residencia se estableciera en un Estado en el que no estuviera reconocido.<sup>78</sup> La problemática que este tipo de uniones plantea para el Derecho de extranjería ha quedado definitivamente conjurada con la importante sentencia *Obergefell v. Hodges*<sup>79</sup> en la que el TS ha declarado que la Constitución (a través de la Decimocuarta Enmienda) garantiza el derecho al matrimonio a las personas del mismo sexo *en todos los Estados*. No sólo el gobierno federal no puede limitar la definición de matrimonio a las uniones heterosexuales, sino que todos los estados deben permitir el matrimonio homosexual, y lo que es más importante, reconocer aquellos que se hayan celebrado en otros Estados.

## 2. Derecho penal estatal y expulsión de extranjeros

PASANDO YA AL papel del derecho penal sustantivo de los Estados, conviene recordar que la condena impuesta a un extranjero por la comisión de un delito puede tener importantes consecuencias para su situación administrativa. Puede implicar la denegación de un visado o de su admisión en el país; puede impedir la aplicación de medidas de suspensión o de revocación de la expulsión; puede suponer la denegación de la solicitud de asilo; puede resultar en la adopción de la medida de internamiento en el curso del procedimiento de expulsión y en la prohibición de entrada durante años una vez expulsado; puede ser, en fin, circunstancia que impida su naturalización. Pero, sin duda, la más importante consecuencia, sobre la que se centra la regulación federal, que puede tener para el extranjero la comisión de un delito es la de imponer su expulsión. En el derecho norteamericano es especialmente complejo el entramado de tipos penales que constituyen base legítima para la expulsión del extranjero que los ha cometido. Y lo es, en gran medida, porque arrastra la interacción normativa y aplicativa tanto federal como estatal.

La legislación federal exige la expulsión de cualquier extranjero que haya sido condenado por alguna de las siguientes infracciones: i) delitos que impliquen “vileza moral”<sup>80</sup> por los que *pueda* imponerse una pena de prisión superior a un año

<sup>78</sup> Titshaw, “Revisiting the Meaning of Marriage,” pp. 170-2. En 2013, 17 Estados reconocían legal o judicialmente ya la validez del matrimonio homosexual.

<sup>79</sup> *Obergefell v. Hodges*, 576 S.Ct. 2584 (2015).

<sup>80</sup> La legislación federal conserva el arcaísmo “crimes involving moral turpitude,” expresión que no ha sido definida por el legislador desde su introducción en 1891 y que la jurisprudencia ha intentado sin éxito delimitar: conducta “innoble, vil, o depravada, y contraria a los deberes que tanto en privado como socialmente debe el hombre a sus semejantes o a la sociedad en general,” conducta que “infringe gravemente los sentimientos morales de la comunidad,” y es por ello *mala in se*, frente a las infracciones *mala quia prohibita*, conducta “que es inherentemente inmoral o deshonesto” etc. Atendiendo a la práctica, algunos autores enumeran las rúbricas generales del robo, el fraude o la agresión, incluyendo por tanto delitos graves

(y siempre que se hubiera cometido en el plazo de los cinco años siguientes a la admisión en el país, o se hubieran cometido dos o más delitos de esa naturaleza en cualquier momento); ii) delitos graves (*aggravated felonies*), categoría que desde su introducción en 1988 se ha ido expandiendo y que en la actualidad incluye junto a los delitos de asesinato, violación, abuso de menores, tráfico de drogas, delitos cometidos con violencia, y robo, otros que difícilmente pueden considerarse como especialmente graves (falsificación de pasaportes y de moneda, obstrucción a la justicia y perjurio, o dejar de comparecer ante un tribunal para responder por una acusación de delito); iii) delitos, en fin, relacionados con sustancias prohibidas, armas de fuego o violencia doméstica y una miríada de otras infracciones que identifica la regulación federal (no registrarse como delincuente sexual, espionaje, etc.).<sup>81</sup>

Las distintas conductas que el legislador federal se limita a enumerar están tipificadas y son definidas en las legislaciones penales de cada Estado, y en cada una de ellas el tipo penal puede variar, incluyendo elementos diferentes. Por supuesto, el legislador federal podría haber abordado una tipificación propia y detallada de cada delito, pero no lo ha hecho, lo que obliga al juez o a la administración federal a decidir caso por caso si una concreta condena impuesta a nivel estatal encaja en alguno de los delitos enumerados y puede constituir base para expulsar al extranjero. El peso normativo de la legislación estatal se ha visto reforzado por el modo en que administración y jueces federales ha abordado esa labor de calificación de la condena impuesta: se ha hecho partiendo de un enfoque normativista, prescindiendo de las circunstancias concretas que concurren en la conducta del extranjero responsable del delito y teniendo en cuenta, como únicos elementos relevantes, los de la conducta tal y como están descritos en el concreto tipo penal (estatal).<sup>82</sup>

contra las personas (*p. ej.* homicidio, asesinato, violación, agresión con agravante, secuestro) o la propiedad (*p. ej.* incendio provocado, robo, malversación) o que implican un elemento de fraude o engaño. Para una relación detallada, véase Yale-Loehr et al, *Immigration Law and Procedure*, § 71.05[1][d].

<sup>81</sup> Sec. 1227(a)(2) USC 8.

<sup>82</sup> Un ejemplo ilustrará al lector sobre esta metodología normativista (*categorical approach*): la *violencia doméstica* tipificada como tal en algunos derechos penales estatales no necesariamente constituye un “delito cometido con violencia” según la legislación federal de inmigración a los efectos de ser considerado un delito muy grave (*aggravated felony*) y dar lugar a la expulsión. “Delito cometido con violencia” es aquel que, según el legislador federal, implica empleo de fuerza física en la persona o propiedad de otro; es un delito violento por naturaleza. En California, se castiga, como reo de delito de maltrato, al que “intencionada e indebidamente *emplee fuerza o violencia* con otra persona.” Para saber si alguien que ha sido condenado por ese delito previsto en la legislación estatal ha cometido un delito con violencia en el sentido de la legislación federal, no se atiende a si efectivamente empleó fuerza física en la persona de otro sino que la indagación pretende averiguar si el tipo penal definido en la ley estatal requiere o no, como elemento de culpabilidad, que el sujeto activo emplee fuerza física. Y resulta que la interpretación que se ha hecho del tipo por los jueces del Estado

A nivel normativo, las remisiones en blanco a las previsiones de la legislación penal estatal parece que no implican, en principio, una delegación indirecta significativa. Es difícil concebir que un legislador estatal vaya a manipular su sistema penal para influir en el modo en que la normativa federal de extranjería se aplica a los inmigrantes que se encuentran en su territorio o, especialmente, en las mutables prioridades del gobierno federal a la hora de seleccionar a los extranjeros que den ser expulsados.<sup>83</sup> Además, sabemos que cualquier intento por parte de los Estados de tipificar conductas delictivas que castiguen específicamente la inmigración irregular está condenado al fracaso por entrar en conflicto con el ordenamiento federal.<sup>84</sup>

A pesar de ello, varios autores han destacado el uso que algunos Estados han hecho de su derecho penal sustantivo ‘común’ para facilitar la persecución de los inmigrantes irregulares a nivel estatal y local.<sup>85</sup> Así, en varios Estados existen normas que, con claro paralelismo con el derecho federal, castigan el tráfico ilícito de migrantes, un tipo penal que ha tenido más posibilidades de sobrevivir por las estrechas relaciones que tiene con otros delitos comunes de clara competencia estatal (p. ej., violación o agresión sexual; lesiones corporales, prostitución forzada, explotación laboral) y por estar alejado del núcleo duro de los delitos *especiales* de extranjería. Pues bien, durante algún tiempo en el condado de Maricopa, que precisamente ha ocupado uno de los ejemplos con los que iniciábamos este trabajo, se impuso la interpretación de que podía perseguirse, en calidad de conspirador, al inmigrante irregular que recurría al ‘coyote’ o traficante para cruzar la frontera, imputándole así la comisión de un delito grave (*felony*), y agravando con ello las consecuencias que prevé el régimen federal de extranjería a pesar de que no haya cometido delito común alguno.<sup>86</sup> Algunos Estados, como sabemos,

de California no ha requerido la existencia de una fuerza capaz de infligir daño o causar lesiones, ni ha entendido el término violencia en el sentido usual del mismo sino que, por el contrario, ha permitido castigar el mero contacto físico no deseado o el acto de lanzar un vaso de orina a la cara de otra persona. Por ello, maltrato según la legislación californiana no es un “delito cometido con violencia” en el sentido de la legislación federal. Ver Ortega-Mendez v. Gonzales, 450 F.3d 1010 (9th Cir. 2006), pp. 1016-8.

<sup>83</sup> Cox y Posner, “Delegation in Immigration Law,” pp. 1333-4. No obstante, García y Manuel, “State and Local ‘Sanctuary’ Policies Limiting Participation in Immigration Enforcement,” p.19, señalan que algunos Estados (citan sólo Washington), han limitado en la tipificación de ciertos delitos la pena de prisión que puede imponerse a 364 días, precisamente para eludir el umbral del año, y así impedir que el castigo de determinados delitos pueda considerarse una *aggravated felony* y dar lugar a la expulsión. Por su parte, Stumpf, “States of Confusion,” pp. 1593-94, escribe que “los legisladores estatales... a menudo influyen a la hora de determinar si concurre o no una causa de expulsión ajustando el alcance la definición” del tipo penal.

<sup>84</sup> Ver cap. ....

<sup>85</sup> Ver Chacon, “Managing Migration through Crime,” pp. 137-39.

<sup>86</sup> En efecto, el inmigrante irregular, en un caso como el expuesto, sería perseguido simplemente como responsable de un delito leve (*misdemeanor*) de entrada ilegal en el país, y constituiría para la administración una prioridad de nivel 2. En cambio, al serle imputado un

han llegado a castigar expresamente este extraño delito de tráfico ilegal del migrante consigo mismo (que en verdad lo que trata de castigar es la mera presencia en situación irregular), pero tanto estas normas<sup>87</sup> como la interpretación expuesta<sup>88</sup> han sido recientemente dejadas sin efecto por los tribunales por razón de su conflicto con la legislación federal.

Los tipos penales que castigan el uso de documentos falsos pueden tener un potencial similar para tratar de influir en la aplicación del ordenamiento de extranjería, por ejemplo empleándose para perseguir a aquellos extranjeros que hayan usado documentación falsa para obtener un empleo. En este sentido, la única disposición de la *Proposition 187* de California aún en vigor castiga como delito grave el uso de documentos falsos “para ocultar la verdadera nacionalidad ... o situación administrativa de extranjería” permitiendo que se hagan interpretaciones que se aparten del tipo penal que paralelamente, y como sabemos, prevé el legislador federal, llevando a que se dicten sentencias condenatorias por actos que no serían castigados, o lo serían más levemente, según la legislación federal. Este uso del poder sancionador penal por parte de los Estados abre una vía importante a los actores subfederales para que alteren el modo en el que se aplican las leyes federales de extranjería, convirtiendo en prioridades para la expulsión a extranjeros que, en verdad, no han cometido ningún delito común.

En el momento de la aplicación del derecho penal común del Estado, también es posible hablar de una posible manipulación con vistas a influir en el curso de la actividad de la administración federal de extranjería. Así, en el curso de la negociación que puede producirse sobre el ejercicio de la acción penal o sobre la pena misma (recordemos el principio de oportunidad, esencial al derecho procesal penal norteamericano), la acusación puede, por ejemplo, ante la alternativa entre imputar un delito que lleve aparejada la expulsión y otro que no, decantarse por esta última opción, o proponer al juez la imposición de una pena inferior al umbral fijado por la ley federal para determinar la procedencia de la expulsión,<sup>89</sup> o el juez puede autorizar a las partes a que pongan fin al proceso mediante un

delito *grave*, el extranjero se convierte en una prioridad de nivel 1 para la administración federal de inmigración. Ver cap. .... y John Morton, U.S. Immigration & Customs Enforcement, *Exercising Prosecutorial Discretion Consistent with the Civil Immigration Enforcement Priorities of the Agency for the Apprehension, Detention, and Removal of Aliens* (17 de junio, 2011), p. 2.

<sup>87</sup> United States v. South Carolina, 720 F.3d 518 (4th Cir.2013), p. 530.

<sup>88</sup> We are America v. Maricopa County Bd. of Sup'rs, 297 F.R.D. 373 (D.Ariz. 2013), pp. 386-95.

<sup>89</sup> En efecto, aunque hay delitos cuya comisión determina la expulsión cualquiera que sea la pena impuesta (delitos relacionados con sustancias prohibidas, no registrarse como un delincuente sexual, entre otros), y la categoría de delitos cometidos con “vileza moral” atiende sólo a la pena legalmente prevista, los delitos cometidos con violencia, robo, obstrucción a la justicia y perjurio (entre otros) sólo se califican como *aggravated felony* cuando la pena impuesta es superior al año. Ver INA § 101(a)(43).

acuerdo que no suponga la imposición de una “condena” en el sentido de la legislación de extranjería.<sup>90</sup> El amplio poder discrecional que ostenta el ministerio fiscal para perseguir delitos puede ser empleado para determinar, nada más ni nada menos, cuándo procede la expulsión precisamente de aquellos extranjeros que constituyen la principal prioridad federal: los que han cometido algún delito.<sup>91</sup>

## **D. Delegación expresa del poder de ejecución del régimen sancionador de la inmigración irregular**

Desde las reformas de 1996, la legislación federal de extranjería ha ampliado los supuestos en que se autoriza expresamente a las autoridades estatales y locales para que puedan cooperar en la aplicación del régimen sancionador de la inmigración irregular. Es importante distinguir dos formas de delegación: *primero*, la que se efectúa directamente por el legislador; *segundo*, la que exige la intermediación del poder ejecutivo federal, limitándose la ley a reconocer a aquel un poder discrecional para entablar determinadas formas de cooperación. Es llamativo que la delegación nacida inmediatamente de la ley se circunscribe a la persecución de determinadas infracciones penales, mientras que aquella que es calibrada, dirigida y supervisada de manera inmediata por el ejecutivo federal puede implicar la transferencia del poder para aplicar tanto los mecanismos sancionadores penales como administrativos previstos en la legislación federal.

### **1. Excurso: delegación antes del federalismo cooperativo**

HEMOS REITERADO YA que desde una perspectiva estrictamente jurídica, el federalismo cooperativo sólo fue posible tras la profunda revisión constitucional que tuvo lugar durante los años de la Gran Depresión, y cuyos hitos ya nos son conocidos. Algunos politólogos, sin embargo, han destacado la existencia de relaciones de cooperación e integración administrativa, entre los Estados y la Federación,

<sup>90</sup> Aunque el concepto de “condena” a efectos de la disciplina de extranjería es un concepto federal y no estatal, cabe pensar que los jueces estatales tendrían aún cierto margen para eliminar la existencia de una condena en sentido propio y, con ello evitar la expulsión (p. ej., aplicando figuras como la suspensión del pronunciamiento de la sentencia, el indulto, o la reducción de la pena previamente impuesta). Véase al respecto Aleinikoff et al., *Immigration and citizenship*, pp. 697-701.

<sup>91</sup> Para una descripción más amplia y precisa de estas prácticas ver, p. ej., Lee, “De Facto Immigration Courts,” pp. 577-80; Chin, “Illegal Entry as Crime, Deportation as Punishment,” pp. 1433-35; Spiro, “Learning to Live with Immigration Federalism,” p. 1634 n28; Stumpf, “States of Confusion,” pp. 1593-94; Eagly, “Criminal Justice for Noncitizens,” pp. 1162-7.

en tiempos anteriores al New Deal.<sup>92</sup> Incluso, añadimos nosotros, podemos encontrar ejemplos de ello en una materia, la regulación de la inmigración, que fue paradigma del dogma de la exclusividad competencial en la jurisprudencia dualista del Tribunal Supremo de finales del siglo XIX. Hasta ese momento, como sabemos, el poder normativo para controlar la inmigración había sido ejercido por los Estados, que crearon consecuentemente aparatos administrativos para ejecutar su propia regulación. Antes de la guerra civil, el silencio del legislador federal se vio sólo perturbado por incursiones esporádicas, de una parte para establecer los requisitos y el procedimiento para la naturalización de extranjeros y, de otra, para regular las condiciones de los pasajeros transportados por barco desde los puertos europeos y su control estadístico. Ambos, sin embargo, son tempranísimos ejemplos de delegación de competencias de ejecución.

Como hemos visto más arriba, en efecto, hasta la primera mitad del siglo XX la ejecución materia del régimen federal de naturalización de extranjeros se puso en manos de la administración y de los aparatos judiciales estatales. La primera norma, no relacionada con la naturalización, que tuvo por objeto regular directamente algún aspecto de la inmigración europea fue una ley de 1819<sup>93</sup> que, de una parte, regulaba las condiciones de seguridad, espacio y salubridad de los barcos que transportaban, desde los puertos europeos, a los inmigrantes<sup>94</sup> y, de otra, requería, por primera vez que se recopilara y procesara, con fines estadísticos, información sobre los inmigrantes que desembarcaban en los puertos. Pues bien, algunos autores han señalado que fueron los aparatos administrativos estatales

<sup>92</sup> El prestigioso estudioso del federalismo, Daniel J. Elazar intentó demostrar la excesiva relevancia que se había dado a la estructura dual para explicar el federalismo anterior al New Deal, sosteniendo que, aunque la idea sólo aparece explicitada a partir de 1913, hay ejemplos de relaciones administrativas de cooperación e interdependencia a lo largo de todo el siglo XIX. Elazar, *The American Partnership*, pp. 312-17.

<sup>93</sup> *Steerage Act (An act regulating passenger ships and vessels)* de 2 de marzo de 1819, 3 Stat. 488.

<sup>94</sup> La ley, en esencia, limitaba el número de pasajeros en relación con el arqueado del buque, por lo que la preocupación del legislador por la salud y la seguridad de los inmigrantes no explicaba completamente el propósito de la regulación, que tradicionalmente se había empleado en el Reino Unido para restringir la inmigración al limitar la capacidad de los barcos y elevar el coste del viaje transatlántico, Zolberg, *A Nation by Design*, p. 145-50; más escéptico acerca de considerar esta normativa como regulación de la inmigración, Hutchinson, *Legislative History of American Immigration Policy*, p. 46. Desde finales de la década de 1840 se sucedieron varias normas que, en la misma línea, regulaban el número de pasajeros y el espacio del que debían disponer, añadiendo condiciones relativas a la ventilación, el agua y la comida. No obstante, la sanción de su incumplimiento se dejaba en manos de los particulares perjudicados, que eran quienes tenían que ejercitar la acción judicial correspondiente, lo que mermó la efectividad de la regulación, Grubb, *German Immigration and Servitude in America, 1709-1920*, p. 42.



los que llevaron a cabo esta última función,<sup>95</sup> aunque hay razones para ser escépticos.<sup>96</sup>

No obstante, un último ejemplo no deja lugar a dudas de una temprana interdependencia de la administración federal y estatal. El legislador nacional empezó a salir de su letargo regulador, como sabemos, tras la guerra civil, aunque el impulso definitivo no vendría sino de la mano del Tribunal Supremo, que en 1876 confirmó la exclusividad federal en materia de inmigración como parte de su competencia para regular el comercio interestatal. En 1882, emulando los esfuerzos reguladores hechos a nivel estatal durante buena parte del siglo, se aprobaba la primera ley nacional de inmigración de aplicación general<sup>97</sup> pero, ante la ausencia de una estructura nacional capaz de ejecutar las medidas restrictivas de la inmigración, especialmente orientada a hacer frente a la indeseada llegada de inmigrantes europeos del este y sur de Europa, encontró en las administraciones estatales existentes un apoyo esencial.

En efecto, la ley establecía una estructura cooperativa estatal-federal para su ejecución. De una parte, atribuía al *Secretary of the Treasury* la competencia exclusiva para la ejecución de la ley, pero de otra le reconocía la facultad, que ejerció con profusión, de autorizar a los Estados a que administraran la normativa mediante una suerte de técnica concesional. Serán, pues, órganos y empleados estatales designados por el Gobernador los que establecerían las normas complementarias que fuesen precisas para ejecutar la ley y los que materialmente inspeccionarían las condiciones de los pasajeros que pretendieran desembarcar. La ley contemplaba igualmente medidas fiscales específicamente destinadas a aliviar los presupuestos estatales, autorizando la recaudación de un gravamen por pasajero, ordenando la redistribución de los fondos obtenidos entre los Estados en proporción a la presión migratoria, e imponiendo que se destinaran a prestar asistencia a los inmigrantes. Serían, finalmente, las autoridades estatales las en-

<sup>95</sup> Law, "Lunatics, Idiots, Paupers, and Negro Seamen," p. 119; otros autores, más prudentemente admiten que la ley se aplicaría en un primer momento por las autoridades nacionales, aunque insinúa la creación en algunos Estados (en especial, en 1847 el *Board of Commissioners of Emigration* en Nueva York y en 1851 el *Board of Commissioners of Alien Passengers and State Paupers* en Massachusetts) de una estructura burocrática estable a partir de los años 40 habría supuesto una transferencia de las funciones para la aplicación de la legislación federal de pasajeros, Cohn, *Mass Migration Under Sail*, p. 351.

<sup>96</sup> *Primero*, la propia ley encarga expresamente la recogida de la información al *collector of the customs*, importante cargo de designación federal, que debía transmitirla a su vez al *Secretary of State*. *Passenger Act* de 1819, secs. 4 y 5. *Segundo*, es muy posible que los autores que, de forma un tanto irreflexiva, afirman que fueron las autoridades estatales las que ejecutaron las leyes nacionales sobre las condiciones del pasaje, confundan la aplicación de la legislación federal con la aplicación de la propia y abundante normativa estatal sobre cuarentenas, gravámenes sobre embarcaciones que transportaban inmigrantes y, propiamente, condiciones del pasaje.

<sup>97</sup> *Immigration Act* de 3 de agosto de 1882, 22 Stat. 214.

cargadas de denegar la admisión a los “inmigrantes identificados como dementes, idiotas, convictos o personas incapaces de mantenerse por sí mismas,” primera vez que una ley federal determinaba la exclusión de determinadas categorías de extranjeros.<sup>98</sup> En 1891, ya lo sabemos, el legislador federal centralizó la ejecución del ordenamiento de extranjería en una maquinaria administrativa especializada, entonces aún embrionaria. Desde entonces, y hasta tiempos recientes, solo de manera puntual, informal y limitada se incorporó a las autoridades estatales y locales a la aplicación de la regulación federal.<sup>99</sup>

## 2. Delegación *ex lege*

VEAMOS LOS SUPUESTOS de delegación *directa ex lege* para aplicar el régimen sancionador *penal* de la inmigración irregular. En *primer lugar*, en la INA parece autorizarse a los agentes estatales o locales a perseguir el delito consistente en ayudar a la entrada ilegal, transportar o esconder a un extranjero en situación irregular. Recientemente, varios tribunales federales han confirmado que la tipificación que el legislador federal hace de diversas conductas de favorecimiento o facilitación de la inmigración irregular (transportar, trasladar, esconder, ocultar o dar refugio a un inmigrante irregular), excluye cualquier poder tipificador de los Estados de conductas similares.<sup>100</sup> Sin embargo, esa misma regulación permite expresamente cierta colaboración subfederal, si bien no a nivel normativo sino aplicativo. En efecto, según la sec. 1324(c) USC 8, bajo la rúbrica “autoridad para detener,” prevé que “ninguna persona o agente tendrá autoridad para llevar a cabo una detención como consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en esta Sección, salvo que se trate de un agente o empleado del [ICE] autorizado por el *Attorney General*,... o de cualquier otro agente cuya función consista en la persecución de delitos.”<sup>101</sup> En la medida en que los agentes de los

<sup>98</sup> Salyer, *Laws Harsh as Tigers*, p. 6; Hirota, “The Moment of Transition,” p. 1099 y Tichenor, *Dividing lines*, p. 69.

<sup>99</sup> *P. ej.*, la implicación de las autoridades locales de Los Ángeles, California, durante la Gran Depresión, en la expulsión de trabajadores mexicanos irregulares, Hoffman, *Unwanted Mexican Americans in the Great Depression*, pp. 41-48, 83-115.

<sup>100</sup> *P. ej.*, Valle Del Sol Inc. v. Whiting, 732 F.3d 1006 (9th Cir. 2013), pp. 1022-29; Georgia Latino Alliance v. Governor of Georgia, 691 F.3d 1250 (11th Cir. 2012), pp. 1263-67; U.S. v. Alabama, 691 F.3d 1269 (11th Cir. 2012), pp. 1285-88. Aunque antes se había considerado que la INA no excluía el poder de los Estados para castigar el delito de tráfico de inmigrantes; véase, *p. ej.*, We are America v. Maricopa County Bd. of Sup’rs, 594 F.Supp.2d 1104 (D.Ariz. 2009).

<sup>101</sup> Sec. 1324(c) USC 8 “*Authority to arrest*. No officer or person shall have authority to make any arrests for a violation of any provision of this section except officers and employees of the Service designated by the Attorney General, either individually or as a member of a class, and all other officers whose duty it is to enforce criminal laws.”

cuerpos de la policía estatal o local tienen como función la investigación y persecución de los delitos, el precepto les autorizaría para efectuar detenciones por el delito de tráfico ilegal de inmigrantes.

En *segundo lugar*, la legislación federal castiga como reo de *delito* (con pena de prisión de hasta dos años y/o multa) al extranjero que intentase entrar o se encontrase en territorio nacional sin autorización, si previamente hubiera sido expulsado o inadmitido en frontera o hubiera abandonado el país estando pendiente de ejecución una decisión de retorno.<sup>102</sup> Las penas se agravan para aquellos supuestos en que la previa expulsión del extranjero se hubiera producido como consecuencia de la comisión de un delito.<sup>103</sup> En clara referencia a este tipo penal, la sec. 439 de la *Antiterrorist and Effective Death Penalty Act* de 1996<sup>104</sup> autoriza a la policía estatal o local a “detener a cualquier extranjero (1) que se encuentre ilegalmente en los Estados Unidos y (2) que haya sido previamente condenado por un delito grave en los Estados Unidos y haya sido expulsado o abandonado el país tras la condena.” El precepto exige la concurrencia de dos condiciones adicionales para que la autorización pueda ser efectiva. De una parte, sólo se permite la detención, “en la medida permitida por la normativa estatal aplicable,” ya que, en efecto, el alcance de las facultades de las agencias policiales estatales y locales para detener por delitos tipificados en la legislación federal, es algo que corresponde determinar al derecho de cada Estado.<sup>105</sup> De otra, antes de poder llevar a cabo la detención, el agente de la policía estatal o local debe obtener confirmación de la situación administrativa del extranjero dirigiéndose a la autoridad federal competente (el ICE). Antes de terminar con este supuesto de delegación directa, conviene dejar algo claro. El extranjero que se encuentra ilegalmente en territorio estadounidense sólo comete una *infracción administrativa* si no concurre la circunstancia adicional de que haya entrado subrepticamente en el país. En este último caso estamos ante un *delito leve* (*misdemeanor*) de entrada ilegal, salvo si previamente el extranjero hubiera sido expulsado o excluido en frontera, en cuyo caso comete un delito grave (*felony*) por la nueva entrada, agravándose las penas en el caso de que la previa expulsión o inadmisión se hubieran producido como

<sup>102</sup> Sec. 1326(a) USC 8.

<sup>103</sup> Si la nueva entrada se produce tras la expulsión acordada por la comisión de un delito grave (*felony*) o tres o más delitos leves contra las personas o relacionados con drogas, puede imponerse una pena de prisión de hasta diez años y multa. Si la nueva entrada se produce tras la condena impuesta por un delito muy grave (*aggravated felony*), la pena puede ser de hasta veinte años. En 1996 se añadieron además penas específicas en caso de que la exclusión en frontera o la previa expulsión se hubieran producido como consecuencia de actividades relacionadas con el terrorismo, o cuando el extranjero hubiera sido expulsado antes de liquidar la condena a pena de prisión y la nueva entrada se produce sin haber finalizado aún el tiempo de cumplimiento. Ver sec. 1326(b) y (c) USC 8.

<sup>104</sup> La sec. no forma parte de la *Immigration and Nationality Act*. Ha sido codificada en la sec. 1252c USC 8.

<sup>105</sup> Así lo estableció *United States v. Di Re*, 332 US 581 (1948), pp. 588-89. Ver Cap. 4....

consecuencia de la comisión de un delito común. Si bien es cierto que la comisión de determinados delitos comunes permite expulsar al extranjero, ello es parte esencial del régimen *administrativo* de extranjería, mientras que la autorización de la sec. 1252c se circunscribe a un concreto *delito especial propio de extranjería*: la nueva entrada no autorizada en el país de un extranjero que previamente había sido expulsado. Dicho de otra manera, la autorización no permite perseguir al extranjero simplemente incurso en situación de poder ser administrativamente expulsado (p. ej., porque se encuentra irregularmente en el país tras la caducidad del visado o porque, aun encontrándose legalmente, ha cometido determinado delito), sino tan sólo al extranjero que ha cometido un específico delito de extranjería.

### 3. Integración administrativa: los acuerdos formalizados de cooperación

VEAMOS AHORA LOS mecanismos que el legislador federal ha contemplado para que, a discreción del ejecutivo federal y en circunstancias determinadas, puedan formalizarse acuerdos con las administraciones estatales y locales para que éstas puedan colaborar en la ejecución del régimen federal de extranjería. Se trata, sin duda, de una fórmula cooperativa que respeta estrictamente el carácter negociado, paccionado y consentido de la colaboración subfederal. Sucedáneo, como hemos dicho más arriba, de una verdadera relación contractual entre administraciones, esta forma de cooperación implica una fuerte integración entre la burocracia federal y la de los Estados. Esa integración va a permitir, es cierto, un mayor control por parte de la administración federal y una supervisión más estricta de las actuaciones de las agencias estatales a los efectos de ajustarlas a las prioridades federales de ejecución. La administración nacional podrá, en cualquier momento y sin necesidad de esperar a la intervención del legislador, terminar la relación y prescindir de la colaboración de los Estados. Ello, sin embargo, no va a impedir que estos utilicen esos contextos de cooperación fuertemente formalizados para tratar de influir y transformar las políticas federales.

En *primer lugar*, el *Department of Homeland Security* puede autorizar a cualquier agente de policía estatal o local, previo consentimiento del jefe de departamento, agencia u oficina en el que esté destinado, para ejercer todas las funciones propias de los funcionarios federales de inmigración, en el supuesto de que sea necesaria una respuesta inmediata por parte de las autoridades federales ante “una afluencia masiva de extranjeros, que esté en proceso o sea inminente, en la

costa o en las inmediaciones de la frontera terrestre de los Estados Unidos.”<sup>106</sup> Es importante retener que la delegación puede comprender el poder para detener a los extranjeros tanto por infracciones de extranjería de carácter *administrativo* como de naturaleza *penal*.

La autorización lo es por un tiempo determinado y para un ámbito geográfico concreto, prohibiéndose expresamente la posibilidad de subdelegar.<sup>107</sup> El desarrollo reglamentario del precepto legal establece las detalladas formalidades que deben observarse: declarada la existencia de la “emergencia migratoria,” el *Department of Homeland Security* debe “negociar los términos y condiciones” de la cooperación estatal o local y celebrar un “acuerdo por escrito” con las autoridades subfederales<sup>108</sup> que, entre un amplio contenido detallado reglamentariamente, exige hacer constar las concretas facultades de ejecución que estarán autorizadas a ejercer.<sup>109</sup>

Si la regulación exige una estricta formalización de la delegación, el ejercicio de las funciones de ejecución delegadas se desarrolla bajo el férreo control de la administración federal. En efecto, las autoridades delegadas deben obtener previamente una formación técnica adecuada de los agentes federales,<sup>110</sup> deberán ejercer las funciones que se les confieran “bajo la dirección del [ICE],”<sup>111</sup> y deberán ajustarse, en todo momento a las políticas y los estándares y procedimientos establecidos para la aplicación de la legislación de extranjería.<sup>112</sup> Entre esas políticas y estándares con las que las autoridades subfederales deben alinearse creemos que están incluidas las prioridades establecidas por la administración federal, en ejercicio de su discrecionalidad administrativa, para la persecución de los inmigrantes clandestinos. La administración federal muestra también preocupación porque los agentes estatales y locales depositarios de la delegación, que no están preparados para aplicar un sector del ordenamiento tan sensible como lo es el que disciplina de inmigración, no incurran en vulneraciones de derechos: ordena por ello que reciban una formación específica sobre ‘derechos civiles’; que se haga

<sup>106</sup> Sec. 1103(a)(10) USC 8 (“an actual or imminent mass influx of aliens arriving off the coast of the United States, or near a land border, presents urgent circumstances requiring an immediate Federal response”).

<sup>107</sup> Sec. 65.83(d) CFR 28.

<sup>108</sup> También se prevé la posibilidad de que el acuerdo se celebre anticipadamente (*advance agreement*), pero los agentes estatales y locales no podrán ejercer ninguna de las funciones federales de ejecución “hasta que el *Attorney General* haya hecho las comprobaciones necesarias y así lo autorice.” 28 CFR § 65.84(a)(2) Al parecer, sólo el Estado de Florida ha celebrado un acuerdo de esta naturaleza. Ver García y Manuel, “Authority of State and Local Police to Enforce Federal Immigration Law”, p. 8.

<sup>109</sup> Sec. 65.84(a)(3)(i) CFR 28.

<sup>110</sup> Sec. 65.84(a)(3)(iv) CFR 28. Aunque la formación puede acortarse o suprimirse por razones de seguridad nacional, salud y seguridad pública, 28 CFR § 65.84(a)(4).

<sup>111</sup> Sec. 65.84(a)(3)(vi) CFR 28.

<sup>112</sup> Sec. 65.84(a)(3)(vii) CFR 28.

constar en una declaración que el ejercicio de las funciones delegadas se hará “sin vulnerar ni restringir las garantías constitucionales o la protección de derechos,” y, por último, adoptar ciertas medidas que permitan una investigación completa de las infracciones o conductas irregulares que los agentes pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones.<sup>113</sup>

#### 4. En especial, los acuerdos de la sección 287(g)

MUCHA MÁS IMPORTANCIA han tenido los llamados “acuerdos de la sección 287(g),”<sup>114</sup> perfecto ejemplo de una cooperación negociada explícitamente y desarrollada, al menos sobre el papel, bajo la dirección y supervisión del gobierno y la administración federales. Aunque sólo sobre el papel ya que, en la medida en que la implicación de las autoridades estatales y locales es mayor que en ninguna otra estructura cooperativa, los Estados y entes locales han aprovechado su participación para competir fieramente con la administración federal para una más estricta ejecución de las leyes de extranjería.<sup>115</sup>

Como consecuencia, una vez más, de las reformas introducidas por la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* de 1996, se reformó la INA para permitir la delegación de determinadas facultades para la ejecución material de las sanciones de extranjería en favor las fuerzas y cuerpos policiales estatales y locales. De acuerdo con la sec. 1357(g), el *Department of Homeland Security* puede celebrar, por escrito, un acuerdo con un Estado, entidad local o agencia, en virtud del cual determinados agentes o empleados sean acreditados para desarrollar “funciones propias de un agente federal de inmigración en relación con la investigación, captura o detención de extranjeros que se encuentren en los Estados Unidos (incluyendo el transporte interestatal de los mismos para su internamiento en centros habilitados).” Nuevamente la preocupación del legislador se centra en intentar garantizar un alineamiento de las administraciones estatales y locales cooperantes con las prioridades y políticas definidas a nivel federal. Por ello se exige que las funciones que se delegan, y que deberán especificarse en el acuerdo, se ejerzan, durante un tiempo predeterminado y bajo “dirección y supervisión” federal<sup>116</sup> y con conocimiento y respeto del derecho federal, a

<sup>113</sup> Sec. 65.84(a)(3)(ix) (“a requirement that a complaint reporting and resolution procedure for allegations of misconduct or wrongdoing ... be in place”); *id.* (x) (“a requirement that a mechanism to record and monitor complaints regarding the immigration enforcement activities ... be in place”); *id.* (xiv) (“a requirement that ... shall cooperate fully in any Federal investigation related to allegations of misconduct or wrongdoing...”).

<sup>114</sup> Cuya regulación ha sido codificada en la sec. 1357(g) USC 8.

<sup>115</sup> Treyger, “The Deportation Conundrum,” p. 147.

<sup>116</sup> Sec. 1357(g)(3) USC 8.

cuyo efecto se impone que los agentes estatales o locales reciban “un entrenamiento adecuado en relación con la aplicación de la legislación federal de extranjería.” Si bien los agentes locales o estatales que ejerzan funciones en virtud de un acuerdo de la sec. 287(g) no se consideran empleados federales, si se aplica a sus actuaciones la misma presunción de legalidad, lo que es especialmente relevante a efectos de responsabilidad civil.<sup>117</sup>

El apartado 10 de la sec. 1357(g), cierra la regulación de forma enigmática disponiendo que ningún Estado o entidad local necesitará concluir un acuerdo escrito para desarrollar determinadas funciones de cooperación con las autoridades federales de inmigración. En concreto, no será necesario celebrar un acuerdo para comunicar a la administración federal la situación administrativa de un extranjero, incluidos aquellos que pudieran encontrarse irregularmente en territorio nacional ni para “cooperar de cualquier otra forma en la identificación, captura, detención y expulsión de aquellos extranjeros que no se encuentren legalmente en los Estados Unidos.” Ha sido una cuestión discutida, como veremos,<sup>118</sup> si esa cooperación no formalizada puede desarrollarse al margen de las autoridades federales o por el contrario es necesario contar con su asistencia y coordinación. El Tribunal Supremo, en *Arizona v. United States* vino a confirmar que aun cuando “puede haber alguna ambigüedad para definir qué significa ‘cooperación’ para el derecho federal ... ninguna definición coherente incluiría el poder de los agentes estatales para tomar unilateralmente la decisión de detener a un extranjero en situación irregular sin previa solicitud, aprobación o instrucción de algún tipo procedente de la administración federal.”<sup>119</sup>

Aunque, como hemos dicho, esta posibilidad de cooperación nació con las reformas de 1996, el primer acuerdo no se concluyó hasta 2002 y la mayor parte de los que se celebraron en la primera década del nuevo siglo se concluyeron después de 2006.<sup>120</sup> Coincide, pues, con el impulso que recibieron, desde el gobierno federal, las fórmulas de cooperación con los Estados en materias relacionadas con de seguridad nacional y la lucha contra la inmigración irregular en las postrimerías de los atentados del 11 de septiembre.<sup>121</sup> En la práctica, se han puesto en marcha dos modelos de acuerdo (aunque en algunos casos se han suscrito acuerdos

<sup>117</sup> Secs. 1357(g)(1)-(3), (5) y (8) USC 8.

<sup>118</sup> Ver cap. ...

<sup>119</sup> *Arizona v. United States*, 132 S.Ct. 2492 (2012), p. 2507.

<sup>120</sup> U.S. Department of Homeland Security, Office of Inspector General, *The Performance of 287(g) Agreements*, OIG-10-63 (Washington, DC, 2010), pp. 83-5.

<sup>121</sup> La lucha contra el terrorismo, como la lucha contra la inmigración irregular, necesita de la asistencia de las fuerzas policiales estatales y locales, y ha sido también fuente de fuertes tensiones entre los distintos niveles de gobierno, en especial a la hora de aplicar la USA PATRIOT Act de 2001, Pub.L. 107-56.

mixtos). Un modelo *penitenciario (jail model)*, por el que se autoriza a determinados agentes o empleados de establecimientos penitenciarios estatales o locales para que lleven a cabo indagaciones sobre el estatus inmigratorio de cualquier interno, desde los detenidos a la espera de ser puestos a disposición judicial hasta los reclusos que cumplen condena, comuniquen al ICE información relativa a un extranjero que tengan bajo su custodia. La intervención de estos agentes delegados comienza cuando otro miembro de los cuerpos policiales estatales o locales efectúa una detención, en el desarrollo ordinario de sus funciones, por un delito común (es decir, sin relación con el régimen de extranjería). La primera investigación acerca de la situación administrativa del extranjero puede llevarse a cabo en el momento del ingreso del detenido en el establecimiento penitenciario local (*jail*) o estatal (*prison*) ya que entonces se le suele preguntar sobre su nacionalidad y lugar de nacimiento, aunque también es posible en cualquier momento posterior cuando el interno haga saber o cuando el agente delegado crea que se trata de un extranjero. Todo ello dentro de las paredes del establecimiento penitenciario.

El modelo *operativo (task force model)* tiene unas implicaciones mayores, ya que los agentes autorizados pueden investigar el estatus inmigratorio y efectuar detenciones por infracciones de extranjería sobre el terreno (o dictar una ‘orden administrativa de detención’ al efecto) durante el desarrollo rutinario de sus funciones policiales o bien, excepcionalmente, en el marco de operaciones conjuntas con el ICE u otras agencias federales. Es importante retener que este es el único supuesto de cooperación en que se habilita a un agente local o estatal a efectuar detenciones por infracciones administrativas. En los demás casos, el extranjero es detenido por infracciones comunes y en el curso del ejercicio ordinario de las funciones policiales por parte de agentes que no están involucrados en la aplicación del ordenamiento de extranjería. En ambos modelos, no obstante, se delega en los agentes estatales o locales la facultad para expedir un *detainer* (con la finalidad de solicitar que otra autoridad mantenga al extranjero bajo su custodia),<sup>122</sup> transferirlo a la custodia de la administración federal o incluso iniciar formalmente el procedimiento de expulsión presentando el pliego de cargos (técnicamente conocido como *Notice to Appear*) ante los tribunales administrativos de inmigración.

<sup>122</sup> Baste con decir aquí que un *immigration detainer* es un documento por el que se solicita a una agencia que tiene bajo su custodia a un extranjero que prolongue la detención (hasta un máximo de 48 horas) a los efectos de que el extranjero pueda ser transferido a la custodia del ICE para proceder a su expulsión. Aunque se trata de una facultad muy importante que se delega en los agentes estatales y locales, el *detainer* siempre debe ir firmado por el supervisor del ICE. Sobre los *detainers*, ver Cap. ...



Inicialmente la intención declarada por el gobierno federal a la hora de suscribir los acuerdos de la sec. 287(g) fue la de identificar y detener a aquellos extranjeros que hubieran cometido o sido condenados por delitos graves o que fueran considerados un riesgo para la seguridad nacional. Sin embargo, como puso de manifiesto un informe en 2011,<sup>123</sup> a partir de 2006 se produjo un cambio de rumbo que se tradujo en la celebración de acuerdos que expandían la autoridad de los agentes locales más allá de esas prioridades, para permitir la persecución de cualquier infracción de inmigración, aun cuando se trate de extranjeros que no hubieran cometido ningún delito. Los objetivos declarados por el gobierno federal seguían centrados en delincuentes extranjeros peligrosos, pero esos objetivos no tenían traducción formal alguna que pudiera embridar los acuerdos negociados individualmente, al tiempo que se ponía de manifiesto la escasa supervisión que ejercían las autoridades federales.<sup>124</sup> En julio de 2009 el gobierno federal, al tiempo que anuncia la continuidad del programa, hace público un modelo estandarizado de acuerdo para permitir un mayor control federal y forzar un alineamiento de los acuerdos con las prioridades de ejecución federales, centradas en la detención y expulsión de delincuentes peligrosos.<sup>125</sup> Evaluaciones posteriores pusieron en tela de juicio la efectividad de estos ajustes evidenciaron y la extendida indiferencia hacia las prioridades federales en la ejecución de la legislación de extranjería por la policía local y estatal.<sup>126</sup> En algunos casos, como el de *Maricopa County*, que ha sido motivo de atención en la introducción a este trabajo, el empleo indiscriminado y discriminatorio de la autoridad conferida a los agentes estatales y locales terminó ante los tribunales, como sabemos, y el gobierno federal terminó rescindiendo el acuerdo que había suscrito en 2006 conforme a la sec. 287(g).<sup>127</sup> El propio gobierno federal no tardaría mucho en anun-

<sup>123</sup> Capps et al., *Delegation and divergence*, p. 9-11.

<sup>124</sup> U.S. Government Accountability Office, *Better Controls Needed over Program Authorizing State and Local Enforcement of Federal Immigration Laws*, GAO-09-109 (Washington, DC, 2009), pp. 4-5.

<sup>125</sup> Establece tres categorías prioritarias de delincuentes extranjeros (niveles 1, 2 y 3, de mayor a menor gravedad de los delitos cometidos) que deberán atenderse en orden ascendente de prioridad por los agentes estatales y locales delegados. Asimismo, exige que las detenciones que se lleven a cabo sean aprobadas previamente por un supervisor federal (del ICE). No obstante, se indica también que, siempre que no existan limitaciones presupuestarias, los agentes continuarán centrando sus operaciones también en criminales menos peligrosos e incluso en extranjeros que no hayan cometido ningún delito pero sí alguna infracción de extranjería. Rodríguez et al., *A Program in Flux*, pp. 12-4 y 18-9.

<sup>126</sup> P. ej., U.S. Department of Homeland Security, Office of Inspector General, *The Performance of 287(g) Agreements, FY 2011 Update*, OIG-11-119 (Washington, DC, 2011), p. 11; American Immigration Council, *The 287(G) Program: A Flawed and Obsolete Method of Immigration Enforcement* (Washington, DC, 2012), p. 3; Capps et al., *Delegation and divergence*, p. 18-21.

<sup>127</sup> Janet Napolitano, "Statement by Secretary Napolitano on DOJ's Findings of Discriminatory Policing in Maricopa County," Office of the Press Secretary (15 diciembre de 2011).

ciar la no renovación de todos aquellos acuerdos que respondieran al modelo operativo, arriba descrito, sobreviviendo sólo hoy los que centran la cooperación en los establecimientos penitenciarios.<sup>128</sup>

## 5. Delegación y preención (remisión)

RECAPITULANDO, EL LEGISLADOR federal prevé la delegación expresa del poder para investigar y perseguir dos delitos de extranjería: el tráfico ilegal de inmigrantes y la nueva entrada irregular del extranjero que hubiera sido condenado por delito. El legislador habilita igualmente al poder ejecutivo para que formalmente pueda delegar en las fuerzas policiales estatales y locales, previa celebración de un acuerdo de cooperación, las facultades esenciales que posee para investigar, detener e incluso iniciar un procedimiento de expulsión por infracciones, penales o administrativas, de extranjería. El debate más importante se ha generado en torno a la cuestión de si los supuestos de cooperación previstos por el legislador agotan las posibilidades de los Estados y entidades locales de participar en la ejecución del régimen sancionador de extranjería, ya de sus tipos penales o de sus infracciones y consecuencias administrativas. Quienes así lo entienden han articulado sus argumentos en términos de distribución de competencias, defendiendo que el legislador federal ha eviscerado (*preempted*) todo poder de los Estados y entidades locales para cooperar al margen de los supuestos taxativamente previstos.<sup>129</sup> Por el contrario, otros han entendido que las vías que contempla el legislador sólo son algunas de las formas que puede adquirir la cooperación de

<sup>128</sup> “ICE Scaling Back 287(g) Program,” Immigration Impact blog (19 de octubre de 2012), disponible en <http://immigrationimpact.com/2012/10/19/ice-scaling-back-287g-program/>. Hoy hay en vigor 32 acuerdos con otras tantas agencias, que responden sólo al modelo penitenciario, ver <http://www.ice.gov/factsheets/287g> (último acceso: 19 de agosto de 2015).

<sup>129</sup> P. ej., Yañez y Soto, “Local Police Involvement in the Enforcement of Immigration Law,” p. 39 defienden la preención del poder estatal por obra del legislador; Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” p. 1092 (“es evidente que el que la extensa regulación de la inmigración por el legislador federal implícitamente excluye cualquier participación de los Estados y municipios en su ejecución. Ello es evidente debido a las numerosas disposiciones aprobadas para permitir explícitamente tal ejecución a nivel estatal y local, pero en ámbitos estrechamente restringidos.”). Otros autores mezclan argumentos de preención por el legislador y exclusividad constitucional, p. ej. Chapman y Kane, “Illegal Aliens and Enforcement,” explican que el *legislador* federal ha excluido (*preempted*) la ejecución de las disposiciones administrativas de extranjería y que los Estados, en todo caso, carecerían del poder para hacerlo aún sin esa la decisión del legislador; el mismo argumento, basado a la vez en preención estructural y legislativa, Manheim, “State Immigration Laws and Federal Supremacy,” pp. 975-79.

los Estados y que éstos cuentan con un poder inherente para ejecutar la legislación federal, que el legislador, aun pudiendo, no ha neutralizado.<sup>130</sup> En el capítulo siguiente nos detendremos en esta conflictiva cuestión. Baste ahora con adelantar que si bien existe un sólido consenso en torno a la existencia de un poder general de las autoridades estatales y locales para cooperar en la persecución de los delitos tipificados en la legislación federal, incluidos los delitos contra el régimen de extranjería, es mucho más discutido que esas mismas autoridades subfederales puedan, de manera independiente, colaborar en la aplicación del régimen administrativo de extranjería, en el que se incluye significativamente la infracción de la mera estancia irregular y las reglas sustantivas y procedimentales sobre expulsión.

## **E. Fórmulas cooperativas que no implican delegación de competencias**

Los supuestos de delegación expresa de competencias de ejecución examinados no agotan, sin embargo, los fenómenos de cooperación entre los Estados y los poderes federales. Como hemos tenido ocasión de señalar, las prioridades para la ejecución de la normativa de extranjería se han centrado desde los años 80 en la persecución de los extranjeros que han cometido algún delito. El problema para la administración federal radica en que cuenta con un importante déficit de información a la hora de identificar a los delincuentes extranjeros que potencialmente pueden ser expulsados. Ello es así por la propia distribución de las competencias en materia penal en la estructura del federalismo norteamericano a la que más arriba nos hemos referido, que hace de los Estados el epicentro del poder tipificador y del ejercicio de las potestades de policía. Parece por tanto fácil entender por qué la administración federal depende en gran medida de la información que le puedan proporcionar las agencias estatales y locales cuando las prioridades establecidas por el gobierno nacional se centran en seleccionar, a los efectos del control migratorio, precisamente a algunos de aquellos extranjeros que

<sup>130</sup> *P. ej.*, Kobach, “The Quintessential Force Multiplier,” Sessions y Hayden, “The Growing Role for State and Local Law Enforcement in the Realm of Immigration Law,” pp. 345-46; Rodríguez, “The Significance of the Local in Immigration Regulation,” p. 592n104, “mi argumento de que la exclusividad competencial no está justificada desde el punto de vista constitucional apoya la conclusión de que los Estados y entidades locales no tiene constitucionalmente prohibido ejecutar el ordenamiento de extranjería, pero el Congreso puede ejercer en cualquier momento su poder preentivo o circunscribir su autoridad al respecto.”

han cometido algún ilícito y han entrado por ello en contacto con los sistemas de justicia penal estatal o local.<sup>131</sup>

A continuación exponemos las diversas iniciativas de cooperación interadministrativa que se han sucedido hasta la actualidad, no sin antes advertir que no se trata de supuestos de verdadera traslación de competencias de ejecución en favor de las autoridades estatales y locales. Por el contrario, se trata de mecanismos que pretenden o bien favorecer el flujo de la información recabada por las agencias estatales y locales en el ejercicio de sus funciones (no relacionadas con la aplicación del derecho de extranjería), hacia la administración federal para cumplir fines propios del sistema de control de la inmigración, o facilitar a la administración federal el acceso a la fuente de información, ya se trate de los registros policiales o penitenciarios, o al propio extranjero detenido o privado de libertad para investigar su estatus migratorio. Ahora bien, no debe inducir a error el hecho de que no haya una delegación material de facultades para ejecutar y aplicar directamente el derecho de extranjería federal, como en los supuestos examinados en el apartado anterior. Vamos a ver cómo, aún sin una traslación efectiva y formal de poder delegado, las fórmulas cooperativas a examinar implican, *de facto*, una amplia descentralización que permite a los Estados influir decisivamente en la ejecución del ordenamiento de extranjería.

## 1. El *Criminal Alien Program*

LA *IMMIGRATION REFORM and Control Act* (IRCA), aprobada en 1986 impuso al *Attorney General* la obligación de que “en el caso de que un extranjero fuera condenado por la comisión de un delito que llevara aparejada la expulsión, se iniciara el procedimiento de retorno, una vez dictada la sentencia de condena, con la mayor celeridad posible.”<sup>132</sup> En cumplimiento de este mandato del legislador, el antiguo *Immigration National Service* (INS), agencia encargada entonces de la ejecución de la legislación de extranjería, creó en 1988 dos programas, conocidos por los acrónimos IRP (*Institutional Removal Program*) y ACAP (*Alien Criminal*

<sup>131</sup> Schuck, “Taking Immigration Federalism Seriously,” pp. 71-77 (“una ejecución federal efectiva depende en ocasiones de una intensa participación de los agentes estatales y locales. Esto es así particularmente en lo que se refiere a la persecución de los extranjeros que han sido condenados por delito.... Las autoridades federales son prácticamente impotentes sin la ayuda de los sistemas de justicia penal estatales y locales”); Eagly, “Local Immigration Prosecution,” p. 1778 (“en la práctica, los agentes federales no disponen de la presencia en las calles necesaria para perseguir la mayor parte de los delitos. Por ello, recurren a la policía estatal y local para que sean sus ojos y sus oídos. Ello es así especialmente en el ámbito de la inmigración, para la identificación y captura de los llamados delincuentes extranjeros, máxima prioridad federal”).

<sup>132</sup> Sec. 1229(d)(1) USC 8.

*Apprehension Program*), con la finalidad de establecer relaciones interadministrativas con los establecimientos penitenciarios federales, estatales y locales para facilitar la identificación de los internos extranjeros que se encontraran privados de libertad cumpliendo condena, antes de que fueran puestos en libertad o finalizara el cumplimiento de la pena. Los programas requerían que los agentes del ICE se personaran en los centros penitenciarios para conducir entrevistas individualizadas con los internos y así reunir la información necesaria para determinar la situación administrativa del extranjero. Una vez que se ha llegado a la conclusión de que el extranjero puede ser expulsado del país, la administración federal de extranjería debe emitir un *detainer* por el que solicita a las autoridades penitenciarias la previa notificación de la excarcelación del extranjero para que puedan adoptarse las medidas necesarias a los efectos de garantizar su expulsión. Los programas igualmente trataban de coordinar el trabajo de la administración federal para que los procedimientos de expulsión se iniciaran durante el tiempo que el extranjero estaba privado de libertad y pudiera llevarse a cabo el retorno sin solución de continuidad tras la excarcelación, sin necesidad, por tanto, de proceder a una prolongación de la privación de libertad en forma de internamiento.<sup>133</sup>

Inicialmente los esfuerzos se centraron en localizar e identificar a aquellos extranjeros que habían cometido delitos graves (*aggravated felons*), una categoría que había introducido en el derecho de extranjería la *Anti-Drug Abuse Act* de 1988 (incluyendo en ella el asesinato, el tráfico de drogas o el tráfico de armas o sustancias explosivas). No obstante, y como pudimos señalar más arriba, entre 1990 y 1996 se aprobaron diversas reformas que ampliaron los delitos que debían considerarse *aggravated felonies* y se crearon nuevas causas de expulsión vinculadas a la actividad criminal del extranjero. Por ello, los programas de colaboración administrativa tuvieron que adaptarse expandiendo su radio de acción a la creciente población penitenciaria que podía ser sometida a un procedimiento de retorno. Los problemas con su implementación, incluido la falta de financiación, se sucedieron, lastrando la eficacia de los programas.<sup>134</sup> Entre otros motivos, fue la insatisfacción con el funcionamiento de los programas federales para la expulsión de los delincuentes extranjeros lo que, a mediados de los años 90, llevó a seis Estados (Arizona, California, Florida, New Jersey, New York, y Texas, los que contaban con más presencia de inmigrantes), a demandar al gobierno federal, por “no controlar la inmigración irregular.” Entre otras cosas, reclamaban el reembolso de los costes resultantes, para los mermados presupuestos estatales y loca-

<sup>133</sup> U.S. Congress, Senate, Committee on Governmental Affairs, Permanent Subcommittee on Investigations, *Criminal Aliens in the United States*, 104th Cong. 1st sess., 1995, S. Rep. 104-48, pp. 13-14.

<sup>134</sup> Schuck y Williams, “Removing Criminal Aliens,” pp. 432-41.

les, de prestar determinados servicios a los inmigrantes irregulares y, en lo a nosotros nos interesa, de prolongar la privación de libertad de aquellos extranjeros que, tras servir sus condenas, no podían ser expulsados inmediatamente por no haberse completado el correspondiente procedimiento por parte de la administración federal. Casi simultáneamente al comienzo de los litigios en 1994, el gobierno federal mostró cierta sensibilidad con la carga financiera que generaban los extranjeros condenados en cárceles estatales, aprobando un plan de compensación.<sup>135</sup> Las demandas finalmente no prosperarían,<sup>136</sup> pero los problemas con la efectividad de los programas, causados en especial por la falta de cooperación de algunos gobiernos estatales y locales,<sup>137</sup> habrían de continuar hasta nuestros días.

Tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, el recién creado *Department of Homeland Security* (DHS), donde se incardinaron las agencias de inmigración, centró sus prioridades en el terrorismo y en la seguridad interior, pero el continuo crecimiento del número de inmigrantes irregulares desde el año 2000 hizo que no se perdiera interés en la lucha contra la inmigración irregular y, en particular, contra la delincuencia protagonizada por extranjeros. En junio de 2007, IRP y ACAP, creados en los años 80, se incorporaron a un nuevo programa marco, conocido como *Criminal Alien Program* (CAP). El CAP no es, por tanto, un programa único, sino una tupida red de programas diversos de cuyo funcionamiento poco se sabe.<sup>138</sup> Como resultado de una acción judicial, sin embargo, la administración federal tuvo que desvelar algunos aspectos del funcionamiento interno del

<sup>135</sup> En 1994, la *Violent Crime Control and Law Enforcement Act* de 1994, Pub.L.103-322, introdujo el *State Criminal Alien Assistance Program* (SCAAP), con la finalidad de que se resarciera con cargo al mismo a los Estados por los costes de la encarcelación de delincuentes extranjeros. Ver sec. § 1231(i) USC 8. Tradicionalmente, no obstante, la financiación del programa no ha permitido cubrir anualmente la cantidad total cuyo reembolso se reclamaba. Ver U.S. General Accounting Office, Office of Inspector General, *Cooperation of SCAAP Recipients in the Removal of Criminal Aliens from the United States*, Audit Report 07-07 (Washington, DC, 2007), p. iii.

<sup>136</sup> *Arizona v. United States*, 104 F.3d 1095 (9th Cir. 1997); *California v. United States*, 104 F.3d 1086 (9th Cir. 1997); *Chiles v. United States*, 69 F.3d 1094 (11th Cir. 1995). Texas, New York y New Jersey también interpusieron demandas similares. Todas ellas fueron rechazadas en los tribunales federales y el Tribunal Supremo rechazó pronunciarse sobre los recursos que se interpusieron. *Texas v. United States*, 106 F.3d 661 (5th Cir. 1997), *New Jersey v. United States*, 91 F.3d 463 (3d Cir. 1996), *Padavan v. United States*, 82 F.3d 23 (2d Cir. 1996). Sobre las respuestas judiciales, Manuel, “State Challenges to Federal Enforcement of Immigration Law,” pp. 5-10.

<sup>137</sup> U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, *Immigration and naturalization Service Institutional Removal Program*, Audit Report 02-41 (Washington, DC, 2002), p. 17 la falta de eficacia se debe, la menos parcialmente “la falta de cooperación de una parte de los Estados y de los gobiernos locales.” En el mismo sentido, U.S. General Accounting Office, *Cooperation of SCAAP Recipients in the Removal of Criminal Aliens from the United States*, Audit Report 07-07 (Washington, DC, 2007), pp. 9-10.

<sup>138</sup> American Immigration Council, *The Criminal Alien Program (CAP). Immigration Enforcement in Prisons and Jails* (agosto de 2013), “parece que hay poca coherencia en cómo el CAP

programa.<sup>139</sup> Nos interesa detenernos en ello, siquiera sea brevemente, para poder luego contrastar CAP con las iniciativas que vendrían después.

Los establecimientos penitenciarios estatales y locales que deciden cooperar voluntariamente con la administración federal en el marco del *Criminal Alien Program* proporcionan al ICE información sobre las personas que se encuentran privadas de libertad. Las prácticas varían, pero mientras algunos establecimientos comparten una lista de todos los internos, otros la limitan sólo a aquellos que pudieran ser extranjeros, y aún hay algunos que simplemente garantizan el acceso de los agentes federales a todos los detenidos y a los archivos correspondientes. Los agentes del ICE identifican personalmente a los extranjeros mediante el examen de sus datos biográficos, como el lugar de nacimiento, y biométricos. Pero la pieza esencial del funcionamiento del programa es el acceso personal a cada uno de los internos objeto de examen. Algunos correccionales estatales y locales permiten la presencia de una dotación de agentes del ICE, o el acceso directo a las instalaciones, aunque otros lo limitan al uso de medios telemáticos (teléfono, videoconferencia). En todo caso, si el interrogatorio desvela que se trata de un extranjero susceptible de ser expulsado, la administración federal podrá librar un *detainer*, haciendo saber a las autoridades del centro penitenciario que el ICE solicita hacerse cargo de la custodia del interno tan pronto sea puesto en libertad.

Mientras que el CAP comprende bajo su ámbito de actuación a todos establecimientos estatales (*prisons*), que albergan internos que se encuentran cumpliendo una *pena privativa de libertad* ya impuesta, sólo unas pocas cárceles locales (*jails*), donde permanecen bajo custodia los detenidos preventivos, son cubiertas por la administración federal en el marco del programa.<sup>140</sup> En el modelo

coopera con las agencias estatales y locales en distintos ámbitos geográficos y en cómo interactúa el programa con los detenidos y en los diferentes establecimientos. Parece que el CAP funciona como un conjunto de actividades *ad hoc* que opera de manera diferente en unas y otras partes del país y en unas y otras instituciones del sistema penal.” (p. 1).

<sup>139</sup> La demanda se presentó de acuerdo con la *Freedom of Information Act*, y terminó con un acuerdo aprobado judicialmente que implicó no sólo la publicación de numerosos documentos relacionados con el programa, sino también una declaración explicativa de su máximo responsable dirigida al *U.S. District Court* que conocía del caso que resulta de gran utilidad para conocer el funcionamiento del programa. American Immigration Council, et al., v. DHS, No. 12-00355, Declaration of Jamison Matuszewski (13 de julio de 2012), [desde ahora Declaración de Jamison Matuszewski].

<sup>140</sup> A través de CAP la administración federal tiene presencia en todos los establecimientos penitenciarios federales y estatales, pero su supervisión de las cárceles locales (*jails*) tiene un alcance mucho menor. Tan sólo el 10% de las algo más de 3000, Guttin, *The Criminal Alien Program*, p. 6.

En efecto, se distinguen dos tipos de establecimientos penitenciarios: *jails*, a cargo del *county sheriff's department* o del gobierno local y que se emplean para el confinamiento de personas que han sido recientemente detenidas hasta que sean llevadas ante el juez y de internos preventivos a la espera de la celebración de juicio (en ambos casos, siempre que no se haya establecido fianza o esta no se haya pagado), así como de condenados a breves penas privativas

penitenciario de los acuerdos de la sec. 287(g), arriba examinados y, en especial, en el caso del programa *Secure Communities* que examinaremos a continuación, el momento de la *detención*, cuando el particular es puesto bajo custodia policial y, en su caso, privado provisionalmente de libertad a la espera de iniciar las actuaciones judiciales pertinentes contra él por el delito estatal cometido, es el desencadenante de las actuaciones de comprobación de la situación administrativa de extranjería. En cambio, el programa CAP no incide en ese momento inicial del procedimiento penal sino que, por el contrario, difiere el control al estadio final del mismo, al momento posterior a la *condena* por la comisión de un delito, permitiendo con ello que evadan la detección por la administración federal determinados extranjeros que potencialmente podrían ser expulsados pero que, habiendo sido detenidos, no han sido en cambio procesados o condenados.

En todo caso, la administración federal, a pesar de su declarado propósito de “priorizar la detención y el internamiento de delincuentes extranjeros empleando un criterio basado en el riesgo que representan... para la comunidad,”<sup>141</sup> no ha establecido directriz alguna para orientar la aplicación de esa pauta, ni ha establecido una vinculación con las prioridades generales de ejecución explicitadas por el gobierno federal.

## 2. El programa *Secure Communities* y los problemas de la cooperación automatizada

EN DICIEMBRE DE 2007 el legislador aprobó una partida presupuestaria condicionada a que el ICE desarrollara un plan para “mejorar y modernizar los esfuerzos que se llevan a cabo a los efectos de identificar a aquellos extranjeros que han sido condenados por la comisión de un delito, y que pueden ser expulsados,”<sup>142</sup> La respuesta del gobierno federal fue el programa *Secure Communities*. Básicamente el programa trata de automatizar las actividades que las iniciativas anteriores habían puesto en marcha, empleando los medios telemáticos y las bases de datos para el intercambio de información biométrica y de datos identificativos entre el *Federal Bureau of Investigation* (FBI), el DHS y los Estados y entidades locales,

de libertad (normalmente inferiores a un año), por infracciones leves; y *prisons*, a cargo de las administraciones estatales o del *Federal Bureau of Prisons* (BOP), y en las que se internan a los condenados por delito a cumplir penas de prisión más extensas. Matt y Conis, *American Corrections*, pp. 17-8.

<sup>141</sup> Declaración de Jamison Matuszewski, p. 5.

<sup>142</sup> *Consolidated Appropriations Act* de 2008, Pub. L. 110-161 (2007), pp. 2050-51. Para algunos autores, esta es una base legal insuficiente para el programa aprobado por el ejecutivo. Kalhan, “Immigration Policing and Federalism through the Lens of Technology, Surveillance, and Privacy,” p. 1130-31.



pero adelantando los controles al estadio inicial del procedimiento penal, es decir, al momento en que se practica la *detención* de una persona.

Aunque las prácticas varían de una jurisdicción a otra, en particular cuando se trata de infracciones menores, cuando una persona es detenida y se le imputa (*charge*) por la policía la comisión de un delito,<sup>143</sup> es conducida bajo custodia a una dependencia policial.<sup>144</sup> Allí se llevan a cabo una serie de actuaciones de mera gestión burocrática (que se engloban bajo el término *booking*) pero que van a cobrar gran importancia: se cumplimenta el informe sobre la detención para incorporarse a los registros policiales, se toman fotografías y huellas del detenido y se practica una entrada en un libro-registro indicando su nombre, sus efectos personales y las circunstancias de la detención (actuaciones futuras, como la imputación de un delito o la puesta en libertad también se harán constar).<sup>145</sup> Las huellas dactilares que se toman al detenido se almacenan automáticamente en los registros estatales de antecedentes penales y, aunque no lo impone el derecho federal, los Estados voluntariamente remiten los datos biométricos a las bases del FBI (IAFIS) para conocer la identidad y el historial criminal de las personas detenidas. Pues bien, *Secure Communities* impone la transmisión simultánea de las huellas dactilares no sólo al FBI, sino también al DHS para su comparación con sus propias bases de datos (IDENT). En esas bases de datos constan los datos biográficos y biométricos de extranjeros que han pasado por el cernido tamiz de los controles de la administración federal de inmigración (a los que se les ha concedido un visado, una autorización de entrada por negocios o turismo, residentes legales, incluso los extranjeros que se hayan naturalizado). Pero sólo estarán incluidos los datos de algunos inmigrantes irregulares, aquellos que han permanecido ilegalmente en el país tras la finalización de su visado o que han sido previamente expulsados, pero no constará, por ejemplo aquel que entró ilegalmente en el país, sin ser sometido a inspección en frontera, y no ha tenido contacto previo con el DHS, cuya situación irregular normalmente sólo puede ser determinada a

<sup>143</sup> Traducimos el verbo *to charge* como *imputar*, siendo conscientes de su falta de equivalencia con la imputación en el proceso judicial español, que se lleva a cabo por el juez instructor. Técnicamente la imputación en el derecho procesal de los Estados Unidos existe desde el momento en el que una persona es detenida, sin orden judicial, por la policía, sin perjuicio de que con posterioridad la imputación puede decaer porque el ministerio fiscal decida no presentar acusación o imputación formal. En todo caso, la revisión de la imputación hecha por la policía debe hacerse en el plazo de 24/48 horas después de la detención, momento en el cual el imputado debe ser llevado ante la autoridad judicial o ser puesto en libertad. LaFave e.a., *Criminal Procedure*, pp. 9-11.

<sup>144</sup> Existe también en la práctica policial un llamado *noncustodial arrest*, durante la cual el detenido es privado brevemente de libertad, concurriendo ‘causa probable’ de la comisión de una infracción, a los efectos simplemente de ser notificado (*citation*) de la infracción que se le imputa, pero sin necesidad de ser conducido a una dependencia policial ni de que se le toman las huellas dactilares. LaFave, *Search and Seizure*, [§ 5.1(i)]. El programa *Secure Communities* no alcanzaría a este tipo de ‘detenciones.’

<sup>145</sup> *Id.*, [§ 5.1(e)].

partir de una entrevista con el interesado, conducida por un agente con experiencia.

Si efectivamente la comprobación en las bases de datos del DHS da un resultado positivo, e incluso si no lo hay pero no consta el lugar de nacimiento del interesado o este ha nacido fuera de Estados Unidos, el sistema automáticamente envía una notificación al *Law Enforcement Support Center* (LESC), que a su vez revisa la información recibida utilizando diversas bases de datos para determinar la situación administrativa de extranjería y comprobar si la persona puede ser expulsada. Si es el caso, se notifica, a través del FBI, a la autoridad estatal o local que inició el proceso y a la oficina de distrito del ICE que corresponda, que decide, a la luz de las prioridades de ejecución federales y de otras circunstancias, si procede a interrogar al sujeto o si dicta un *detainer* para evitar que el extranjero sea puesto en libertad antes de que pueda hacerse cargo de él.<sup>146</sup>

Aunque tendremos ocasión de volver sobre ello, el programa dio al *detainer*, creado en los años 80 en el contexto de la lucha contra las drogas, un uso innovador, aunque constitucionalmente problemático. La administración federal de inmigración comenzó a librar *detainers* para requerir de otra agencia estatal o local que prolongue la privación de libertad de un detenido (o preso), hasta un máximo de 48 horas, con la finalidad de que pudiera hacerse cargo de su custodia, neutralizando así el riesgo de fuga. Además de los problemas que puede tener para la articulación federal de competencias que se entienda como un mandato dirigido a la administración estatal o local, al contrario de lo que ocurre con la orden de detención penal, un *detainer* puede ser librado por las agencias federales de inmigración sin intervención judicial y sin necesidad de que se valore elemento probatorio alguno, lo que puede dar lugar a que se cuestione también su constitucionalidad desde el punto de vista del respeto a los derechos fundamentales del detenido.<sup>147</sup>

*Secure Communities* responde a la misma lógica que los programas cooperativos anteriores y su objetivo es similar: la comprobación de la situación administrativa de extranjería de aquellos que entren en contacto con el sistema policial y judicial penal estatal. La diferencia en cambio es, primeramente, cuantitativa.<sup>148</sup>

<sup>146</sup> Para la descripción del modo en que funciona *Secure Communities* nos hemos basado en U.S. Government Accountability Office, *Secure Communities. Criminal Alien Removals Increased, but Technology Planning Improvements Needed*, GAO-12-708 (Washington, DC, 2012), pp. 7-9.

<sup>147</sup> Sobre todo ello, Cap. ...

<sup>148</sup> Destacan esta dimensión cuantitativa, p. ej., Cox y Miles, "Policing Immigration," p. 93 "en suma, *secure Communities* constituye la mayor expansión de la historia del país de la implicación local en la ejecución del derecho de extranjería" y Kalhan, "Immigration Policing and Federalism through the Lens of Technology, Surveillance, and Privacy," p. 1126 "todas las iniciativas previas federales quedan eclipsadas por *Secure Communities* si atendemos a la

Los acuerdos celebrados conforme a la sec. 287(g) INA han quedado siempre lejos del centenar,<sup>149</sup> mientras que el CAP se ha limitado a controlar a los internos de una pequeña fracción de las prisiones locales (y tan sólo cuando el interno ya ha sido identificado como extranjero). En cambio, *Secure Communities* aspira a comprobar, en un breve lapso, la situación administrativa y las infracciones de extranjería que haya podido cometer cualquier persona que sea detenida por un agente de la policía estatal o local, en cualquier lugar de los Estados Unidos. Y lo hace sin requerir infraestructura ni personal adicional y precisando sólo una mínima coordinación entre la administración federal y la local o estatal, mediante un procedimiento automatizado que convierte la verificación del estatus inmigratorio en una consecuencia accesoria de cualquier actividad rutinaria que lleve a cabo cualquier agencia local o estatal cuya función sea la prevención y persecución de delitos. Por el contrario, tanto los acuerdos de la sec. 287(g) INA como el programa CAP requieren una implicación directa de los agentes locales autorizados o de los propios agentes federales, para recopilar personalmente información de cada interno, en la mayor parte de las ocasiones mediante entrevistas personales, y hacer una evaluación individualizada de su estatus inmigratorio. Por el contrario, es verdad que estos programas permiten, de ese proceder ‘artesanal,’ identificar extranjeros susceptibles de ser expulsados que escapan al control automatizado de *Secure Communities*, como es el caso de aquellos inmigrantes irregulares que han entrado ilegalmente en el país y de los cuales no consta registro alguno.

Desde el punto de vista de la ordenación vertical de las competencias de ejecución, la cooperación automatizada viene a alterar cualquier equilibrio que pudiera existir. Si bien, como se ha dicho, tiene el mismo objetivo que iniciativas anteriores de reducir el déficit de información con el que cuentan los poderes federales en la identificación de extranjeros que potencialmente puedan ser expulsados, el programa prescinde del consentimiento de las autoridades estatales y locales concernidas, a las que se priva de poder hacer una elección calibrada, informada y negociada sobre el nivel de participación que desean tener en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería. Incluso en aquellos casos en que el Estado o la entidad local ha decidido prohibir o restringir la participación en la recogida de información sobre el estatus administrativo de sus habitantes, políticas prácticamente inmunes frente a la preención del legislador federal como tendremos ocasión de ver más adelante, el proceso de inquirir y verificar el estatus

medida en que los Estados y entidades locales se ven inmersos en la ejecución del derecho federal.”

<sup>149</sup> De los informes anuales consultados, el de 2010 ofrece el mayor número de acuerdos celebrados: 71 MoAs. U.S. Department of Homeland Security, Office of Inspector General, *The Performance of 287(g) Agreements. Report Update*, OIG-10-124 (Washington DC, 2010), p. 3.

inmigratorio se transforma en una rutina constante en prácticamente cualquier interacción de los particulares con la policía, la cual recibirá la información de manera automática, lo prohíba o no el derecho estatal o local. La naturaleza obligatoria de la participación en *Secure Communities* y los problemas constitucionales que ello generó se analizan más adelante.

En el extremo opuesto, los Estados y entidades locales que deseen dar una vuelta de tuerca a los resortes federales en la lucha contra la inmigración irregular encuentran en el programa una nueva vía para hacerlo. Como veremos en el capítulo siguiente, las agencias policiales estatales y locales tienen amplias facultades autónomas, en ocasiones facilitadas y ampliadas expresamente por el propio derecho de cada Estado, para obtener información sobre la situación administrativa de extranjería de una persona en el curso del ejercicio ordinario de sus funciones. La propia legislación federal de extranjería incentiva el intercambio de información con la administración nacional a los efectos, entre otras cosas, de verificar el estatus inmigratorio.<sup>150</sup> Siendo ello así, *Secure Communities* ha ampliado las posibilidades de que las autoridades subfederales pueden influir en la ejecución del derecho federal y en la determinación de sus prioridades. Basta con que, en ejercicio de las amplias facultades discrecionales que poseen en el desarrollo de sus funciones policiales, efectúen detenciones incluso por ilícitos menores (p. ej., la mayoría de las infracciones de tráfico)<sup>151</sup> como pretexto para que, una vez tomadas las huellas dactilares del detenido, y sin coste adicional alguno, se active la transacción automatizada de información con la administración federal. Llegado el caso, los Estados incluso podrían ampliar normativamente la capacidad y la discrecionalidad de sus fuerzas del orden para detener, o generalizar la recogida de datos biométricos, incluso cuando se trate de infracciones menores o de actuaciones que queden lejos de la aplicación de medidas cautelares de privación de libertad. Es más, en un principio, *Secure Communities* supuso también una desconcentración funcional (dentro de la propia administración federal) del poder para ejecutar la legislación de extranjería, en favor de los agentes de inmigración. Éstos podían decidir caso por caso, y sin necesidad de consultar con sus superiores jerárquicos, cuándo procedía librar un *detainer* para que la administración federal se hiciera cargo de un extranjero detenido por la policía estatal o local, bastando con que la policía le hubiera *imputado* la comisión de un delito

<sup>150</sup> Ver secs. 1644 y 1373(a) y (b); 1357(g)(10)(A); y 1373(c) USC 8. Se analizan en Cap. ...

<sup>151</sup> En la mayor parte de las ocasiones, cuando un vehículo es interceptado como consecuencia de una infracción de tráfico, el agente de policía ha observado personalmente su comisión y existen elementos probatorios completos ('causa probable') que la justifican. El propio Tribunal Supremo, en *Atwater v. City of Lago Vista*, 532 U.S. 318 (2001), concluyó que la sola existencia de causa probable justificaba la detención y puesta bajo custodia incluso por la comisión de la más leve de las infracciones de tráfico, por lo que la libertad de la policía en esos casos para practicar la detención o simplemente notificar la infracción observada (*citation*) y dejar que el vehículo continúe su camino, es prácticamente ilimitada.

(no siendo necesario por tanto que hubiera recaído sentencia condenatoria). Con ello, de facto, podía determinar qué supuestos debían priorizarse sobre otros. Los actores subfederales que querían impulsar una persecución más rigurosa de la inmigración irregular encontraron un aliado decisivo en las unidades administrativas del ICE y en sus agentes que, como hemos señalado más arriba, están inmersos en un contexto que favorece la aplicación estricta de la normativa.

Por ello, a pesar de que la administración federal declaró que *Secure Communities* se había puesto en marcha para perseguir a delincuentes extranjeros peligrosos acusados o previamente condenados por los ilícitos penales más graves y a aquellos que constituyeran un riesgo para la seguridad pública,<sup>152</sup> pronto se demostró que el programa no funcionaba en la práctica como estaba planteado<sup>153</sup> y que la mayoría de los extranjeros en situación irregular identificados y expulsados a través de *Secure Communities* o nunca habían sido condenados por un delito o lo habían sido por la comisión de infracciones menores. En un programa de gran impacto cuantitativo no era cuestión menor el desajuste con las prioridades declaradas. Los memoranda que más arriba hemos examinados, de 2010 y 2011, tuvieron como objetivo inmediato, entre otras cosas, alinear los programas de cooperación interadministrativa con las prioridades de ejecución de la administración federal.<sup>154</sup> En ellos se declaraban prioritarios los extranjeros condenados por delitos o que supongan un riesgo para la seguridad nacional o la seguridad pública, quienes se hubieran sustraído a la aplicación de una orden de expulsión y los que hubieran entrado ilegalmente en el país. A su vez, específicamente en el contexto del funcionamiento de *Secure Communities* los memoranda obligaban a tener en cuenta tres niveles de infracciones para la aplicación de la primera de

<sup>152</sup> U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities Fact Sheet*, 1 de septiembre de 2009 y U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities: A Modern Approach to Identifying and Removing Criminal Aliens* (brochure), enero de 2010, “ICE prioritizes the removal of criminal aliens by focusing efforts on the most dangerous and violent offenders. This includes criminal aliens determined to be removable and charged with or convicted of crimes such as homicide, rape, robbery, kidnapping, major drug offenses, or those involving threats to national security.”

<sup>153</sup> P. ej., U.S. Department of Homeland Security, Homeland Security Advisory Council, *Task Force on Secure Communities Findings and Recommendations* (Washington DC, 2011), p. 17; Waslin, *The Secure Communities Program*, pp. 8-9; National Immigration Forum, *Secure Communities* (Washington DC, 2011), p. 1.

<sup>154</sup> Los datos acumulados hasta septiembre de 2011 (recuérdese que el memorando estableciendo las directrices para ejercicio de la discrecionalidad administrativa en materia de extranjería es de junio de 2011), el 26,2% de las expulsiones en aplicación de S-Comm lo eran de extranjeros que no habían cometido ningún delito común (en ellos incluimos los que hubieran entrado ilegalmente, infringido las condiciones del visado o de la autorización de permanencia; los que hubieran entrado ilegalmente tras una previa expulsión; y los extranjeros contra los que se hubiera dictado una orden de expulsión y estuvieran en fuga y captura), y el 31,2% había cometido sólo una o dos faltas. Cálculos propios usando los datos que aparecen en U.S. Department of Homeland Security, U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities IDENT/IAFIS Interoperability Monthly Statistics through September 30, 2011* (Washington DC, 2011), p. 2.

las prioridades (delincuentes extranjeros), que comprenden desde la prioridad máxima representada por los extranjeros condenados por un *delito muy grave* o dos o más *delitos graves*, hasta los menos prioritarios condenados por una o dos *faltas*.<sup>155</sup>

En todo caso, aún después de que las prioridades federales se hubieran formalizado quedaba claro, *primero*, que no era relevante que el extranjero delincuente hubiera llegado a ser condenado en firme por la comisión de un delito. Aquellos extranjeros que han sido detenidos por alguna infracción pero aún no han sido condenados, pueden también ser expulsados, aún sin tener antecedentes penales, si encajan en cualquiera de las prioridades federales, porque, por ejemplo, han reincidido en la comisión de infracciones de extranjería o se han sustraído a la acción de la administración que ha ordenado su retorno o, más importante. Más aún, *segundo*, en la medida en que los propios memoranda especificaban que las autoridades administrativas de inmigración conservan en todo caso el poder para “proceder a la expulsión de *cualquier extranjero que se encuentre en situación irregular* en los Estados Unidos,” se dejaba abierta la puerta para que cualquier extranjero que fuera identificado a través de *Secure Communities* y que simplemente se encontrara en situación irregular pudiera ser expulsado con independencia de que hubiera cometido una infracción común, de su gravedad o de las demás prioridades federales. El amplio margen de discrecionalidad que aún dejaban las directrices para la aplicación selectiva de las normas de extranjería, y la propia resistencia interna de la administración federal a la hora respetar las prioridades de ejecución ralentizaron la progresiva reducción del número de extranjeros sin antecedentes penales o responsables de infracciones menores que en aplicación del programa eran identificados y expulsados,<sup>156</sup> aunque no puede obviarse que el alineamiento con las prioridades federales fue mayor desde 2011.<sup>157</sup>

<sup>155</sup> Memorandum *Priorities* (2010), p. 2 “For purposes of prioritizing the removal of aliens convicted of crimes, ICE personnel should refer to the following new offense levels defined by the Secure Communities Program, with Level 1 and Level 2 offenders receiving principal attention. ... Level 1 offenders: aliens convicted of ‘aggravated felonies,’ ... or two or more crimes each punishable by more than one year. commonly referred to as ‘felonies;’ Level 2 offenders: aliens convicted of any felony or three or more crimes each punishable by less than one year, commonly referred to as ‘misdemeanors;’ and Level 3 offenders: aliens convicted of crimes punishable by less than one year.” En el mismo sentido, Memorandum *Priorities* (2011), p. 2.

<sup>156</sup> Stumpf, “D(e)volving Discretion,” p. 1277 “los memoranda tuvieron una notable falta de efectividad;” Wadhia, “The Rise of Speed Deportation and the Role of Discretion,” p. 24 para quien el principal problema de los memoranda venía constituido por el hecho de que el brazo ejecutivo del DHS no respalda la política” que con ellos se quiere poner en práctica; Cimini, “Hands off Our Fingerprints,” p. 122 “a pesar de la clara proclamación de las prioridades, S-Comm no se ha implementado tal y como el propio programa se describe.”

<sup>157</sup> En 2015 los datos acumulados desde 2009 permitían ver un descenso significativo de las expulsiones de extranjeros que no hubieran cometido ningún delito común (antes 26,2%,

### 3. Automatización bajo control: el *Priority Enforcement Programme*

EN 2014, LAS críticas al programa *Secure Communities* eran ya legión. Varios Estados y numerosas entidades locales se resistían a participar en él, prohibiendo destinar cualquier recurso para ayudar a su implementación o incluso poniendo en práctica políticas que impedían a sus fuerzas del orden atender a los *detainers* federales. Los tribunales, por su parte, comenzaron a encontrar serios problemas en este instrumento fundamental para el funcionamiento del programa, tanto en términos de la propia organización federal, como para los derechos fundamentales del detenido.<sup>158</sup> El 20 de noviembre, el gobierno federal anunciaba medidas sin precedentes para diferir la expulsión varias categorías de inmigrantes irregulares, ampliando la medida similar que había adoptado en 2012, y decidía terminar con el programa *Secure Communities*. En su lugar, se ponía en marcha un nuevo *Priority Enforcement Program* (PEP).<sup>159</sup>

El nuevo programa identifica prioridades de ejecución muy similares a las expuestas más arriba y que articulaban la aplicación de su predecesor<sup>160</sup> y aprovecha igualmente el intercambio automatizado de información obtenida por las fuerzas del orden estatales y locales en el momento de practicar una detención en el ejercicio ordinario de sus funciones. En ello no constituía una novedad relevante. Por el contrario, sí se adopta una nueva perspectiva en la puesta en práctica

ahora un 17,5%), y algo más moderado de las expulsiones por infracciones menores (antes un 31,2%, ahora un 28%). Cálculos propios usando los datos que aparecen en U.S. Department of Homeland Security, Immigration and Customs Enforcement, *ICE's use of IDENT/IAFIS Interoperability. Monthly Statistics through February 28, 2015* (Washington DC, 2015), p. 2.

<sup>158</sup> Todo ello se analiza en detalle en el Cap. ....

<sup>159</sup> Memorandum from Jeh Charles Johnson, Secretary, U.S. Department of Homeland Security, for Thomas S. Winkowski Acting Director U.S. Immigration and Customs Enforcement, Megan Mack Officer Office of Civil Rights and Civil Liberties, Philip A. McNamara Assistant Secretary for Intergovernmental Affairs, *Secure Communities* (20 de noviembre de 2014). Disponible en [http://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14\\_1120\\_memo\\_secure\\_communities.pdf](http://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_secure_communities.pdf).

<sup>160</sup> Memorandum from Jeh Charles Johnson, Secretary, U.S. Department of Homeland Security, for Thomas S. Winkowski Acting Director U.S. Immigration and Customs Enforcement, R. Gil Kerlikowske Commissioner U.S. Customs and Border Protection, Leon Rodriguez Director U.S. Citizenship and Immigration Services, Alan D. Bersin Acting Assistant Secretary for Policy, *Policies for the Apprehension, Detention and Removal of Undocumented Immigrants* (20 de noviembre de 2014), pp. 3-4, extranjeros que representaran un riesgo para la seguridad nacional, la integridad fronteriza o la seguridad pública; extranjeros que hubieran cometido determinados delitos leves o que hubieran entrado recientemente de forma ilegal en el país; extranjeros contra los que se hubiera dictado una orden de expulsión o hubieran cometido otra infracción de extranjería. Disponible en [http://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14\\_1120\\_memo\\_prosecutorial\\_discretion.pdf](http://www.dhs.gov/sites/default/files/publications/14_1120_memo_prosecutorial_discretion.pdf)

del programa, esencialmente para embridar la discrecionalidad que había caracterizado hasta entonces la aplicación de las prioridades de ejecución, tanto a nivel estatal/local, como federal. *Primero*, tras restringir las actividades de ejecución a determinadas categorías de extranjeros, se impone la exigencia de que los agentes de inmigración que deseen apartarse en un supuesto determinados de las prioridades establecidas deban obtener previamente la autorización expresa de un superior jerárquico, y sólo cuando la expulsión no prioritaria “sirva a un interés federal importante.”<sup>161</sup> Con ello se trata de alinear el ejercicio de la discrecionalidad en casos individuales con la discrecionalidad *a priori* y de naturaleza ‘normativa,’ ejercida por la administración como resultado directo de una decisión política del gobierno federal. En la práctica, en términos procedimentales, y si se interpreta la exigencia de autorización en términos estrictos, se dificulta cualquier actuación administrativa que se aparte de las prioridades declaradas, estableciéndose un muro de contención, no sólo forma, sino también sustantivo, frente a ellas que antes no existía. Con ello, se desincentiva también que las fuerzas del orden estatales y locales empleen la amplia discrecionalidad de que disponen a la hora de perseguir los ilícitos comunes como pretexto para ejecutar el ordenamiento de extranjería federal, al menos cuando se trate de infracciones menores.

*Segundo*, se limita el empleo del *detainer*, instrumento esencial, como vimos, en la cooperación federal-estatal, a aquellos extranjeros que sean identificados como miembros de una organización criminal, como un riesgo para la seguridad nacional o que hubieran sido *condenados* por determinados delitos graves (en lugar de simplemente *detenidos y fichados* por cualquier delito, como hasta entonces), y se transforma significativamente su finalidad, para *solicitar* de la agencia local que le sea notificada con antelación la puesta en libertad del extranjero (en lugar de un *mandato* de que prolonguen la privación de libertad de la persona detenida). Con ello se asegura que, con independencia del masivo flujo de información, la cooperación interadministrativa material en la ejecución del ordenamiento de extranjería se circunscribe a sólo una parte, la más importante, de las prioridades declaradas por el gobierno federal. Como las exigencias formales en caso de actuaciones administrativas que se aparten de las prioridades federales, las nuevas directrices para la aplicación del *detainer* limitan la discrecionalidad de los agentes federales y tiene como efecto secundario restringir la capacidad de las fuerzas del orden estatales y locales para aplicar de manera refleja el derecho

<sup>161</sup> *Id.*, p. 5, “Nothing in this memorandum should be construed to prohibit or discourage the apprehension, detention, or removal of aliens unlawfully in the United States who are not identified as priorities herein. However, resources should be dedicated, to the greatest degree possible, to the removal of aliens described in the priorities set forth above, commensurate with the level of prioritization identified. *Immigration officers and attorneys may pursue removal of an alien not identified as a priority herein, provided, in the judgment of an ICE Field Office Director, removing such an alien would serve an important federal interest.*”



de extranjería en tanto que ejercen las funciones que tienen asignadas por el ordenamiento del Estado. Al contrario que los memoranda de 2010, el marco que crean las directrices de 2014 no se limitan a articular la discrecionalidad administrativa a nivel cuasi-normativo, estableciendo prioridades y solicitado de los empleados federales que las sigan, sino que responde a las dificultades que habían frustrado una correcta y coherente aplicación de las mismas y que, *de facto*, habían hecho descender la devolución de la discrecionalidad desde el nivel de decisión política al nivel de la actuación administrativa en el caso concreto.

El nuevo programa tiene por ello el potencial para asegurar que la administración de la regulación sobre expulsión de extranjeros refleje las prioridades federales de ejecución, incrementando la proporción de extranjeros delincuentes que son retornados y disminuyendo el número de extranjeros que lo son por el simple hecho de encontrarse en situación irregular o haber cometido infracciones leves.<sup>162</sup> Aunque queda pendiente por saber si los Estados y entidades locales que se negaron a que sus agencias cooperaran con la administración federal de inmigración en el marco de *Secure Communities* van a querer participar en el nuevo programa, algo que es esencial, como sabemos a estas alturas, para que se pueda localizar, identificar y expulsar a los inmigrantes irregulares que encajan en las prioridades nacionales.

<sup>162</sup> Para Rosenblum, *Understanding the Potential Impact of Executive Action on Immigration Enforcement*, p. 20, los primeros informes sugieren que así está sucediendo.



### III

---

#### *Autonomía de ejecución*

EL FEDERALISMO NORTEAMERICANO cuenta con escasas rigideces constitucionales que actúen como impedimentos a la cooperación e integración normativa y administrativa de los distintos niveles de poder. No impone estructuralmente ámbitos de competencia exclusiva, ni impide la delegación de competencias. El protagonismo central en la ordenación vertical de las competencias de ejecución lo asume, por tanto, el diseño, contingente, del legislador federal. Por otra parte, la estructura federal responde a un modelo de soberanía dual en el que los Estados cuentan con el reconocimiento constitucional (Décima Enmienda) de competencias residuales (aún sujetas potencialmente al poder preentivo del legislador federal). Por ello debe averiguarse si el diseño del legislador para articular la ejecución cooperativa en materia de extranjería que hemos visto en el capítulo anterior, constituye el principio y el final de los poderes que los Estados pueden esgrimir para participar en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería. O si, por el contrario, los Estados conservan poder (residual) para cooperar, y en tanto el legislador federal no lo extinga, de manera *independiente y unilateral*, más allá de las habilitaciones expresas. Aquí, la idea clave no es la interdependencia, la integración y la cooperación entre las estructuras administrativas federales y estatales. Por el contrario, lo que se reivindica es un espacio de autonomía estatal. Una autonomía de ejecución, no obstante, *sui generis*, que reclama una aplicación más afectiva de la legislación federal de inmigración, y que por ello, redefiniendo el posible conflicto con los intereses nacionales en términos cooperativos, tiene el potencial de alterar el alcance del poder preentivo federal.

## **A. La ejecución autónoma del derecho federal por los Estados, en general**

Como vimos en el capítulo anterior, el legislador federal puede delegar competencias de ejecución en los Estados para que estos apliquen el derecho nacional, normalmente de forma conjunta con la propia administración federal. La delegación puede acontecer, incluso, en un contexto en el que normas federales no tienen paralelismo en el ordenamiento del Estado, bien porque el legislador federal ha ejercido su poder preentivo sobre la materia, bien porque el Estado ha decidido no regular, aun pudiendo hacerlo. Es posible, por tanto, incluso en ámbitos cuya regulación monopoliza el legislador federal, y en el que los Estados no pueden crear Derecho, que sí puedan ejercer poderes de ejecución, de un ordenamiento ajeno, porque se les ha invitado a ello. La pregunta ahora es si los Estados ejecutar de forma unilateral e independiente el derecho federal, incluso en ausencia de una delegación expresa por parte del –legislador.

### **1. Sobre la existencia de un poder general de los Estados para ejecutar el derecho federal**

En el modelo de los Estados Unidos, los Estados no tienen una competencia natural o endógena para ejecutar el ordenamiento federal de forma autónoma. Por el contrario, la capacidad de la administración estatal para exigir coactivamente el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una ley federal, para aplicar las consecuencias sancionadoras previstas o para impetrar de los tribunales (normalmente federales) la aplicación de la ley, dependen del diseño del legislador nacional.

En el ámbito sancionador rige, en sentido estricto, ese mismo principio de que los Estados no pueden ejecutar autónomamente el derecho federal. La decisión está en manos del legislador federal y su diseño, en este caso, atribuye jurisdicción exclusiva a los tribunales federales para juzgar delitos federales,<sup>1</sup> y niega expresamente a los ministerios fiscales estatales competencia para instruir causas por infracciones del derecho nacional.<sup>2</sup> Cuestión distinta es el alcance del poder

<sup>1</sup> Sec. 3231 USC 18: “The district courts of the United States shall have original jurisdiction, *exclusive of the courts of the States*, of all offenses against the laws of the United States.”

<sup>2</sup> Sec. 516 USC 28: “Except as otherwise authorized by law, the conduct of litigation in which the United States, an agency, or officer thereof is a party, or is interested, and securing evidence therefor, is *reserved to officers of the Department of Justice*, under the direction of the Attorney General.”

del legislador para reordenar, llegado el caso, esas competencias de ejecución.<sup>3</sup> La respuesta es compleja ya que si bien no habría problema en que el legislador permitiera e incluso ordenara a los tribunales estatales a juzgar delitos federales,<sup>4</sup> la estructura constitucional impide que se imponga coactivamente a las administraciones estatales la aplicación el ordenamiento federal (*anticommandeering rule*) y que por tanto se imponga a los ministerios fiscales de los Estados la obligación de perseguir las infracciones previstas en el derecho federal.

Pese a lo dicho, tradicionalmente se ha venido reconociendo a los Estados la posibilidad de participar, en cierta medida, en la ejecución del derecho sancionador federal, sin necesidad de la autorización del legislador. Michael Di Re fue detenido, sin previa orden judicial, cuando se encontraba en compañía de otros dos hombres a los que se acusa de posesión de cupones de gasolina falsificados. Cuando es conducido a comisaría y se procede al registro del detenido, se hallan también en su poder cupones falsos de racionamiento. Di Re cuestiona la constitucionalidad de la detención por varias razones, entre ellas que el *agente estatal* que la había llevado a efecto carecía de la competencia necesaria para hacerlo, al tratarse de un *delito federal*. Cuando se planteó ante el Tribunal Supremo la cuestión de qué ordenamiento, el federal o el estatal, resuelve si un agente de policía del Estado puede llevar a cabo una *detención* por una *infracción federal*, la respuesta que dio en *United States v. Di Re*,<sup>5</sup> fue que, *en ausencia de regulación federal, es el derecho del Estado el que determina si la detención es posible*.<sup>6</sup> Partiendo de la base de que no existía tal normativa federal, había que analizar la legislación del Estado de Nueva York para saber si la detención era válida.

Según la regulación estatal, los supuestos limitados en que las fuerzas del orden pueden practicar una detención sin previa orden judicial se limitaban a tres: cuando se trate de un *delito cualquiera* que se haya consumado o intentado *en presencia del agente*; aunque el agente no estuviera presente, cuando la persona detenida haya cometido un *delito grave (felony)*; cuando se ha cometido efectivamente un *delito grave*, y existe causa razonable para creer que la persona detenida es el responsable. Según el derecho federal, la posesión de cupones de racionamiento es un *delito leve (misdemeanor)*, mientras que la venta es un *delito grave (felony)*. Siendo así las cosas, el Tribunal anuló la detención de Di Re,

<sup>3</sup> Cf. p. ej., Krent, "Executive control over criminal law enforcement," pp. 303-9 para quien no hay obstáculo alguno para que el legislador federal confiera a las autoridades judiciales o administrativas estatales el poder para perseguir a sus ciudadanos por infracciones de las leyes federales; con Collins y Nash, "Prosecuting Federal Crimes in State Courts," p. 251 quien cree que el federalismo dual ha imperado históricamente en la aplicación judicial del derecho penal y que hay impedimentos constitucionales, difícilmente salvables, a la delegación en los aparatos judiciales y administrativos estatales.

<sup>4</sup> *Testa v. Katt*, 330 U.S. 386, 392 (1947), p. 392.

<sup>5</sup> 332 U.S. 581 (1948).

<sup>6</sup> *Id.*, pp. 589-90.

mientras que consideró válidas las de los otros dos hombres. Uno de ellos llevaba los cupones a la vista (posesión, delito leve, pero cometido en presencia del agente), el otro había sido identificado por una informante de la policía como un traficante de cupones de racionamiento (venta, delito grave, no es necesario que se sorprenda *in fraganti* al responsable). En cambio Di Re, fue detenido tan sólo por encontrarse en la compañía de los otros dos hombres, algo que no justifica la detención sin previa orden, a la vista de su regulación en el Estado de Nueva York.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo ha reiterado que son las normas constitucionales y las leyes del Estado las que determinan, en cada caso, y en ausencia de legislación federal, el alcance de las facultades de las autoridades estatales y locales para practicar una detención sin previa orden judicial.<sup>7</sup> En general, los ordenamientos estatales no prestan atención expresa a la cuestión de si se pueden practicar o no detenciones por delitos federales, aunque el lenguaje empleado en cada caso se ha utilizado como elemento indicativo de una habilitación o de una restricción implícita.<sup>8</sup> Al mismo tiempo, debe tenerse presente que si bien el legislador federal, en ejercicio de su poder preentivo, podría excluir toda

<sup>7</sup> Johnson v. United States, 333 U.S. 10 (1948), p. 15 y n5; Miller v. United States, 357 U.S. 301 (1958), p. 305; Ker v. California, 374 U.S. 23 (1963), p. 37-8.

<sup>8</sup> La mayor parte de los ordenamientos estatales permiten detener por cualquier infracción, sin distinguir entre delitos estatales o federales (aunque, eso sí, todos ellos limitan las circunstancias en que se puede practicar una detención sin previa orden judicial) lo que se ha interpretado por los tribunales como reconocimiento implícito de la facultad para detener por infracciones federales. *P. ej.*, California Penal Code, § 830.1, “the authority of these peace officers extends to any place in the state, as to *any public offense* committed or which there is probable cause to believe has been committed;” Pennsylvania Consolidated Statutes § 8952(l) “any duly employed municipal police officer shall have the power and authority to enforce the laws of this Commonwealth or otherwise perform the functions of that office anywhere within his primary jurisdiction as to... *any offense* which the officer views or otherwise has probable cause to believe was committed within his jurisdiction.” Illinois Compiled Statutes 5/107-2(1): “a peace officer may arrest a person when ... he has reasonable grounds to believe that the person is committing or has committed *an offense*,” redacción de la que se ha inferido que los agentes del Estado de Illinois pueden detener por delitos federales, United States v. Janik, 723 F.2d 537 (7<sup>th</sup> Cir. 1983), p. 548. Hay derechos estatales que expresamente incluyen las infracciones federales, *p. ej.*, Connecticut General Statutes § 53a-24 “the term ‘offense’ means *any crime or violation which constitutes a breach of any law of this state or any other state, federal law or local law or ordinance of a political subdivision of this state...*”

Por el contrario, hay regulaciones que dificultan la conclusión de que los Estados pueden detener por delitos federales. *P. ej.*, Maine Revised Statutes § 15-704: “every sheriff, deputy sheriff, constable, city or deputy marshal, or police officer shall arrest and detain persons found violating *any law of the State or any legal ordinance or bylaw of a town*, until a legal warrant can be obtained and may arrest and detain such persons against whom a warrant has been issued though the officer does not have the warrant in his possession at the time of the arrest;” Nevada Revised Statutes § 171.172 “any peace officer of this state in fresh pursuit of a person who is reasonably believed by the police officer to have committed . . . or attempted to commit, *any criminal offense in this state* in the presence of such officer ... may hold in custody such person anywhere in this state.”; Ohio Revised Code § 2935.03 “arrest and detain, until a warrant can be obtained, a person found violating, ... *a law of this state, an ordinance of a municipal corporation, or a resolution of a township.*”

facultad de los Estados para la detención por infracciones federales (recuérdese que el razonamiento en *Di Re* presupone la ausencia de legislación federal en la materia), no podría en cambio imponer a las policías estatales la *obligación* de detener por la comisión de infracciones federales, pues ello sería inconstitucional a la vista de la *anticommandeering rule*. Ni la prohibición ni el mandato existen en el ordenamiento federal. En cambio, este se ha limitado a sumar al poder pre-existente de los Estados para regular autónomamente el proceso penal en general y la detención, en particular, una invitación a esa forma de participación en la ejecución del derecho penal federal.<sup>9</sup> Aunque, insistimos, dependerá del Estado aceptar, aunque sea implícitamente, la invitación federal, y será su propio derecho el que, como tuvo ocasión de precisar *Di Re*, determinará la legalidad de la detención en cada caso.

Limitada la participación de los Estados al estadio inicial de la ejecución del derecho sancionador federal, con la detención y el aseguramiento del responsable, queda claro también que las administraciones estatales no pueden ejecutar de forma autónoma y en su integridad el derecho penal nacional. Cuando las fuerzas del orden efectúan una detención por la infracción del derecho federal, son las autoridades federales las que deciden si continuar ejercitando la acción penal a los efectos de lograr una sentencia de condena, y será en todo caso un órgano jurisdiccional federal el que resolverá sobre la culpabilidad del acusado.<sup>10</sup>

## 2. Ejecución autónoma del ordenamiento federal de extranjería

ES EN ESTE contexto en el que se va a plantear si los Estados pueden, más allá de los supuestos en que expresamente reciben autorización del legislador federal, participar en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería practicando

<sup>9</sup> Sec. 3041 USC 18: “For *any offense against the United States*, the offender may, by any justice or judge of the United States, or by any United States magistrate judge, or by any chancellor, judge of a supreme or superior court, chief or first judge of the common pleas, mayor of a city, justice of the peace, or other magistrate, *of any state where the offender may be found*, and at the expense of the United States, be arrested and imprisoned or released..., as the case may be, *for trial before such court of the United States* as by law has cognizance of the offense...” La disposición fue introducida en junio de 1948, tras *Di Re* (que se resuelve en enero), aunque no hemos sido capaces de establecer una relación directa.

Por otra parte, mediando orden judicial, la Regla 4(a)(1) de las Federal Rules of Criminal Procedure, establece: “an arrest warrant shall be executed by a marshal *or by some other officer authorized by law*,” referencia esta última que los tribunales han interpretado como inclusive de las fuerzas del orden estatales y locales. *P. ej.*, *United States v. Bowdach*, 561 F.2d 1160 (1977), pp. 1167-68 y *Gill v. United States*, 421 F.2d 1353 (1970), p. 1355.

<sup>10</sup> *Cf.* Sec. 3041 USC 18, que permite la detención por infracciones federales, con las secs. 3231 USC 18 y 516 USC 28, que atribuyen a la competencia exclusiva de la administración y los jueces federales acusar y juzgar delitos previstos en el ordenamiento nacional.

detenciones por infracciones tipificadas en él.<sup>11</sup> Ahora bien, debe quedar claro que, como en el ámbito sancionador general y de forma paralela a los supuesto de delegación formal vistos en el capítulo anterior, no se reivindica para el Estado una ejecución completa del derecho federal de extranjería pues serán en todo caso las autoridades federales las únicas competentes para iniciar y seguir el correspondiente procedimiento administrativo sancionador o para perseguir penalmente al extranjero ante un tribunal federal por un ilícito de extranjería, así como, en última instancia, proceder a la expulsión y a garantizar el cumplimiento de la sanción impuesta. En la práctica, sin embargo, como hemos apuntado ya, la discrecionalidad en el curso procedimental que conduce a un extranjero en situación irregular desde que es detenido por un agente estatal o local, aun por una simple infracción menor, hasta que es expulsado por las autoridades federales, se concentra en los primeros estadios. “La discrecionalidad que importa” para seleccionar a un extranjero para su expulsión “es la discrecionalidad para practicar su detención.”<sup>12</sup>

El legislador federal, como sabemos, ha preñado la normativa de extranjería de tipos penales e ilícitos administrativos que castigan un amplio abanico de conductas y ha regulado exhaustivamente las circunstancias que pueden dar lugar a la expulsión como consecuencia administrativa y el procedimiento, exclusivamente federal, que ha de seguirse. No obstante, como hemos visto, incluso en un ámbito en el que la densa regulación federal ha dejado exánime el poder normativo de los Estados para tipificar nuevas conductas o complementar las sanciones federales, es posible en términos constitucionales la ejecución descentralizada. El monopolio de las competencias de ejecución no está constitucionalmente preor-

<sup>11</sup> Está claro que si la administración federal delega expresamente esta facultad en los Estados, su policía podrá detener por infracciones de extranjería. Así lo especifican, incluso, algunos ordenamientos estatales. *P. ej.*, *Tennessee Code* § 4-7-121 “highway patrol officers *certified as trained in accordance with a memorandum of understanding between the state of Tennessee and the United States department of homeland security... are authorized to enforce federal immigration laws* while performing within the scope of their authorized duties as state highway patrol officers;” *Arkansas Code* § 16-81-106(i) “a *certified law enforcement officer trained pursuant to a memorandum of understanding between the State of Arkansas and the United States Department of Justice or the United States Department of Homeland Security is authorized to make an arrest in order to enforce federal immigration laws;*” *Georgia Code* § 35-1-17(2) “State and local agencies shall be authorized to enter into memorandums of understanding and agreements with the United States Department of Justice, the Department of Homeland Security, or any other federal agency for the purpose of enforcing federal immigration and customs laws and the detention, removal, and investigation of illegal aliens and the immigration status of any person in this state. A peace officer acting within the scope of his or her authority under any such memorandum of understanding, agreement, or other authorization from the federal government shall have the power to arrest, with probable cause, any person suspected of being an illegal alien.”

<sup>12</sup> Motomura, *Immigration Outside the Law*, y “The Discretion That Matters,” en páginas citadas en el capítulo anterior, donde se trata más extensamente esta cuestión.



denado y por ello el legislador puede delegar expresamente en los Estados la competencia para ejecutar el derecho federal, como ha hecho el materia de extranjería al autorizar las detenciones por dos delitos de extranjería (tráfico de inmigrantes irregulares, y nueva entrada ilegal de un extranjero previamente expulsado por la comisión de un delito grave) y permitir la persecución directa de infracciones administrativas de extranjería bajo la dirección y supervisión federal y previa celebración de un acuerdo formal de cooperación.

Hemos visto más arriba cómo incluso en ausencia de una autorización o delegación del legislador, los tribunales han venido avalando la constitucionalidad de la participación de los Estados en la ejecución del ordenamiento federal, mediante la detención por infracciones penales tipificadas en él. Ahora bien, ello no quiere decir que el legislador no pueda alterar este *estatus quo*. Esas limitadas facultades ejecutivas no están gravadas en piedra, no son atributos de los Estados garantizados constitucionalmente. Por tanto, la Cláusula de supremacía permite en todo caso al legislador federal extinguir cualquier competencia ejecutiva que pudieran conservar los Estados y asumir en régimen de monopolio la ejecución, y de principio a fin, de su propio derecho. Podría, por el contrario, ir mucho más allá del *status quo* actual y, siempre sobre la base de una participación voluntaria, reconocer a las autoridades estatales y locales un poder pleno para participar, según sus propios términos, en la aplicación administrativa y judicial de la legislación federal, cooptando así a las estructuras burocráticas y judiciales para la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, como vimos en el capítulo anterior que ha sucedido, en mayor o menos medida, en otros ámbitos, como la protección de los consumidores o en materia de competencia.

No ha sucedido, a día de hoy, ni una ni otra cosa. El legislador no ha hablado claro y, por ello, a falta de una prohibición expresa de otras formas de participación en la ejecución del ordenamiento de extranjería, la discusión ha girado en torno a si el diseño del legislador excluye (*preempt*) toda competencia de los Estados fuera los supuestos de delegación expresa o si, por el contrario queda aún intacto un poder residual de los Estados para detener a un particular por una infracción federal. Técnicamente, por tanto, la explicación se centrará, como hicimos en el capítulo primero, en el carácter basculante que el poder preentivo del legislador nacional imprime a las relaciones entre el ordenamiento federal y los ordenamientos estatales. Como vimos en su momento, la medida en que una intervención del legislador extingue o no el poder de los Estados para actuar de forma concurrente en una determinada materia, gira en torno a la idea de conflicto internormativo. Debe resolverse, en definitiva, si la norma estatal genera o plantea conflicto con la norma federal, aplicando una tipología conflictual que ya ha sido expuesta. Una versión especialmente agresiva de preención ha extinguido

el poder de los Estados para tipificar y castigar conductas idénticas (o muy similares) a las previstas en el derecho federal de extranjería. En simples términos de conflicto normativo, las dificultades para alcanzar esa conclusión se ha salvado gracias al papel decisivo que ha jugado, en la invalidación de la normativa estatal, el efecto disruptivo que tiene no en el diseño del legislador federal, sino en las competencias de ejecución de la administración federal. Con ello en mente, se plantea ahora un dilema similar.

Puede alegarse, coherentemente, que la participación de los Estados en la ejecución del derecho federal no compromete su integridad. Los Estados no reivindicar su autonomía o su estatus soberano para concurrir con el legislador federal en la regulación sustantiva de una materia y, con ello, perseguir sus propios objetivos de política legislativa. Al contrario, a falta de una prohibición expresa por parte del legislador, la participación unilateral en la ejecución se justifica en la necesidad de que el ordenamiento nacional sea ejecutado fielmente. En hacer, en definitiva, la voluntad del legislador nacional ejecutando la ley tal y como el legislador prescribe, en contraste con la percepción de que la administración federal está siendo refractaria a ello. Así, las autoridades estatales defienden la legislación de Arizona como una reivindicación de la voluntad del legislador frente a un ejecutivo federal reticente a ejecutar la legislación de extranjería de forma completa y eficiente.<sup>13</sup>

Se ha sostenido, en cambio, la postura contraria de que cualquier participación de los Estados en la ejecución que no esté autorizada expresamente por el legislador crea inevitablemente un conflicto con el derecho federal. La ejecución del derecho federal introduce una fuerza multiplicadora que incrementa exponencialmente la probabilidad de que una conducta infractora del ordenamiento nacional sea sancionada. Ello cambia, se dice, el derecho federal mismo. Es difícil de entender cómo puede padecer la integridad del derecho *objetivo*, en sí mismo considerado, en ese contexto. No obstante, de nuevo, a la hora de calibrar el alcance preventivo de la legislación federal se ha atribuido un papel decisivo a la discrecionalidad de la administración federal en la ejecución del derecho objetivo. El conflicto, por tanto, no se produciría estrictamente con la ley, sino con el modo en que se ejecuta la ley. Volveremos sobre esta importante cuestión más adelante.

<sup>13</sup> United States v. Arizona, *Appellants' Opening Brief* WL 5162518 (9th Cir. 26 Ago. 2010) "El Department of Homeland Security ha demostrado su incapacidad (o su falta de voluntad) para ejecutar con eficacia las leyes de inmigración federales. El propósito principal de esta ley, por tanto, es intensificar la asistencia que Arizona y sus fuerzas del orden prestan en la ejecución de las leyes federales." Ni tan siquiera en sus disposiciones sustantivas, la ley intentaba innovar decisivamente el arsenal de ilícitos de extranjería tipificados por el derecho federal, tan sólo añadía sanciones estatales por su comisión.

Sea como fuere, se trata de analizar, en detalle, si el efecto preentivo de la legislación federal excluye todo poder de los Estados de participar unilateralmente en la ejecución del derecho federal, y si ese efecto excluyente, de producirse, está operando de forma adulterada o, por el contrario es una aplicación ordinaria de la *preemption* tal y como se observa en otros sectores del ordenamiento. Baste por ahora con apuntar que el problema va a tener importantes matices distintivos según se trate de la participación en la ejecución del régimen sancionador penal o de los ilícitos administrativos de extranjería. Vayamos, pues, por partes.

## **B. El poder inherente de las autoridades estatales para efectuar detenciones por *delitos* de extranjería**

### **1. La recepción del poder general para detener por delitos federales en materia de extranjería**

La primera aproximación al poder de las autoridades estatales y locales para practicar detenciones por *delitos* tipificados en la legislación federal de extranjería (p. ej. la entrada o reentrada ilegal en el país) la encontramos en un asunto estatal, *People v. Barajas*.<sup>14</sup> En abril de 1976, un agente auxiliar de la policía de Lodi, localidad de la California central, detiene a un individuo como consecuencia de una infracción de tráfico y de estar en posesión de un arma blanca. Tras proporcionar en comisaría un nombre distinto al que usaba habitualmente (y por el que era familiar al agente que había practicado la detención), el detenido respondió a la pregunta sobre su situación administrativa diciendo que disponía de una “tarjeta verde” (de residente) pero que la tenía ‘en casa,’ pero ni siquiera conocía la dirección exacta de su alegado domicilio. Tras ser liberado Barajas, el agente recabó su expediente a los servicios federales de inmigración. De los datos que obraban en él parecía que Barajas había sido previamente expulsado del país por la comisión de un delito, aunque se trataba sólo de una posibilidad, ya que los datos eran incompletos. No obstante, a la vista de toda la información recogida, los agentes de Lodi afirmaron tener una “causa probable”<sup>15</sup> de la comisión del delito

<sup>14</sup> 81 Cal.App.3d 999 (Cal.App., 1978).

<sup>15</sup> Empleamos la expresión ‘detención,’ que es más próxima a nuestro derecho, como equivalente al término técnico del derecho procesal estadounidense *arrest*. Una ‘detención’ es una restricción de la libertad personal que entra dentro del alcance de las garantías previstas en la Cuarta Enmienda a la Constitución frente a registros y restricciones ilegales de la libertad personal. En concreto, el pasaje constitucional especifica que “no se emitirán órdenes... de detención sino con causa probable,” (Enm. Cuarta U.S. Const.). Es clara la preferencia del sistema procesal penal en favor de la detención practicada previa valoración judicial de la

de entrada ilegal en el país de un extranjero previamente expulsado (tipificado en la sec. 1326 USC 8) y procedieron a una nueva detención de Barajas, en cuyo poder se encontró, esta vez, una papelina de cocaína.<sup>16</sup>

El *Appellate Court* de California entiende que la segunda detención fue legal, que la “causa probable” existía y que por tanto el posterior descubrimiento de la droga en poder de Barajas fue válido. El tribunal dedica buena parte de su argumentación a rechazar la interpretación propuesta por Barajas, que sostenía que la colaboración estatal o local quedaba limitada a la persecución del delito de tráfico de inmigrantes irregulares (sec. 1324 USC 8), único entonces por el que la legislación federal permitía efectuar detenciones a los agentes estatales y locales (recuérdese que el precepto se refiere a “cualquier otro agente cuya función consista en la persecución del delito”).<sup>17</sup> En cambio, los otros dos tipos penales que, junto con la sec. 1324, fueron introducidos en la INA en 1952 (entrada, sec. 1325 USC 8 y reentrada ilegales, sec. 1326 USC 8) no contaban con una habilitación similar, razón por la cual esos preceptos sólo podrían ser aplicados por las autoridades federales.<sup>18</sup>

El tribunal se basa en la historia legislativa de la propia sec. 1324(c) para rechazar la interpretación propuesta. La versión aprobada inicialmente por el Senado permitía la persecución del delito a un agente o empleado del [ICE] autorizado por el *Attorney General*, y a “cualquier otro agente *de los Estados Unidos* cuya función consista en la persecución de delitos” (cursiva añadida); es decir, sólo a autoridades *federales*. Mientras, ninguna limitación similar se contenía en

existencia de ‘causa probable.’ Sin embargo, un número abrumador de detenciones se lleva a cabo por la policía sin intervención judicial *a priori* (*warrantless arrest*). La opinión es unánime en el sentido de exigir también como condición de su validez la concurrencia de ‘causa probable’ (*probable cause*), la cual implica que como consecuencia de la información obtenida por la policía en el curso de diligencias previas de investigación, existe la *probabilidad* de que se ha cometido un delito, que implica y de que la persona detenida es responsable. La ponderación de la probabilidad exige “más que una simple sospecha” pero “no la existencia de elementos probatorios directos,” *Brinegar v. United States*, 338 U.S. 160 (1949), p. 175. Los tribunales han observado un concepto flexible de ‘causa probable,’ un estándar que remite a la existencia de hechos objetivables que llevarían a cualquier hombre prudente y razonable a creer, atendiendo a la totalidad de las circunstancias, que se ha podido cometer algún delito, *p. ej.* *Beck v. Ohio*, 379 U.S. 89 (1964). Aunque es cierto que la existencia de causa probable se ha de observar desde la perspectiva, no del hombre medio, sino de un prudente, juicioso y razonable agente de policía guiado por su experiencia y entrenamiento, *p. ej.*, *United States v. Ortiz*, 422 U.S. 891.

Téngase en cuenta, por tanto, que *Barajas* y otros ejemplos que veremos más adelante, defienden que la detención puede practicarse por un agente estatal o local precisamente porque existe ‘causa probable’ de que el detenido ha cometido una infracción penal de extranjería (p. ej., haber entrado de manera ilegal en el país).

<sup>16</sup> *Barajas* 81 Cal.App.3d, pp. 1003 y 1007.

<sup>17</sup> Ver Cap. II, D.2.

<sup>18</sup> Esta interpretación se sostuvo, en un trabajo de 1975, por Chapman y Kane, “Illegal Aliens and Enforcement,” pp. 145-46; y más actualmente se ha defendido por Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” pp. 1092-93.

las secs. 1325 y 1326, por lo que los delitos que en ellas se tipificaban podrían ser perseguidos no sólo por los agentes federales, sino también por *estatales y locales*. El texto finalmente aprobado en la Cámara de Representantes, en cambio, suprimió expresamente las palabras “de los Estados Unidos” y ello sólo podía significar que se eliminaban las restricciones a las potestades aplicativas de los agentes estatales y locales. Pero esta expansión de la autoridad para perseguir el delito de la sec. 1324(c) no podía interpretarse, al mismo tiempo, como una correlativa limitación de las secs. 1325 y 1326. Por el contrario, de manera implícita, se homogeneizó completamente la autoridad para aplicar los tres preceptos, de modo que tanto las autoridades federales como las estatales o locales pueden efectuar detenciones por los delitos tipificados en ellas. Las facultades que los agentes estatales y locales tienen para detener, entiende el tribunal, se extienden por igual a los delitos de las secs. 1324 (tráfico de inmigrantes irregulares), 1325 (entrada ilegal), y 1326 (nueva entrada ilegal tras previa expulsión), USC 8. El tribunal va incluso más allá leyendo en el derecho federal no ya sólo una habilitación a los Estados sino una verdadera compulsión: “la cláusula de supremacía es una espada de doble filo, y en ausencia de una limitación [impuesta por el legislador], los Estados están *obligados* por ella a perseguir las violaciones de las leyes federales de inmigración. Las leyes de los Estados Unidos forman parte del ordenamiento de cada Estado como si estuvieran escritas en el mismo derecho positivo estatal.”<sup>19</sup> Sin embargo, como hemos visto en el epígrafe anterior, hoy difícilmente puede defenderse que el derecho federal tenga siquiera la capacidad para obligar a la maquinaria administrativa de los Estados a perseguir delitos previstos en las leyes nacionales.

Una reflexión más articulada sobre el alcance de la legislación federal la encontramos en *Gonzales v. City of Peoria*,<sup>20</sup> que aún hoy constituye la referencia principal en la materia. Once residentes de Maricopa County (Arizona), uno de ellos ciudadano norteamericano y los otros residentes permanentes, demandan a la ciudad de Peoria exponiendo que entre los años 1977 y 1981, los agentes locales habían adoptado la práctica de interceptar y detener a personas de origen mexicano sin que existiera sospecha alguna de que hubieran cometido una infracción, “tan sólo por su aspecto y su raza.”<sup>21</sup> Los propios demandantes habían sido detenidos en un parking, en un centro comercial o en una oficina de correos por “encajar en el perfil de un inmigrante irregular,” o por su “conducta sospechosa.”<sup>22</sup> Entre las varias alegaciones relativas a la violación de derechos sustantivos se

<sup>19</sup> *Barajas*, 81 Cal.App.3d, p. 1006.

<sup>20</sup> 722 F.2d 468 (9th Cir.1983).

<sup>21</sup> *Id.*, p. 472.

<sup>22</sup> *Id.*, pp. 478-79.

planteó la cuestión de si los agentes estatales y locales podían efectuar detenciones como consecuencia de la comisión de infracciones federales de extranjería. Los demandantes defendieron que la aplicación de la normativa de extranjería era una competencia federal exclusiva y que por tanto la policía estatal y local carecía de poder alguno para perseguir las infracciones que aquella contemplaba.

El *9th Circuit Court of Appeals* respondió poniendo de manifiesto que la Ciudad de Peoria tan sólo se arrogaba el poder para aplicar las disposiciones *penales* del marco regulador federal de extranjería, en particular la sec. 1325 USC 8 que, como sabemos, castiga la entrada no autorizada en el territorio nacional. La investigación y persecución de las infracciones penales de extranjería por los agentes estatales y locales “no presenta ningún conflicto *inherent* con los intereses normativos nacionales. La ejecución federal y la local tienen un propósito idéntico: que se sancione el delito de entrada ilegal.”<sup>23</sup> El tribunal, no obstante, asume que los poderes estatales o locales de ejecución quedan excluidos cuando la regulación federal es tan exhaustiva que no deja espacio para la actividad a nivel subfederal. Es decir, cuando cabe deducir la intención del legislador de establecer un monopolio federal de las competencias de ejecución. Así ocurriría, según el tribunal, con el régimen *administrativo* que regula el proceso migratorio. Pero las disposiciones que tipifican las infracciones penales de extranjería “son pocas en número y relativamente simples en sus términos. No están sustentadas, ni podrían estarlo, por una estructura administrativa compleja. Por tanto no puede inferirse una intención de las autoridades nacionales de ocupar completamente el ámbito de la aplicación de los *delitos* de extranjería.”<sup>24</sup> El ordenamiento federal no extingue, por tanto, las facultades de las autoridades subfederales para aplicar las disposiciones penales del régimen de extranjería, sin que pueda interpretarse, como ya quedó claro en *Barajas* y repite ahora el tribunal, que la expresa autorización para perseguir un delito concreto, el de tráfico de inmigrantes irregulares (contenida en la sec. 1324(c) USC 8) constituya una limitación implícita de la autoridad de los agentes locales y estatales para perseguir otros posibles delitos de extranjería (en particular los de entrada y reentrada ilegales).

Si la legislación federal no tiene efecto preentivo, quiere decir que es el derecho del Estado el que determina si la detención es o no válida, en coherencia con el criterio sostenido en *Di Re* más arriba expuesto. Teniendo en cuenta que la entrada ilegal en el país es un delito leve (*misdemeanor*), y que la legislación de Arizona permite la detención, sin previa orden judicial, entre otras circunstancias, cuando exista “causa probable... de que se ha cometido un *delito leve* y de que la persona que va a ser detenida lo ha cometido,” el *9th Circuit* concluye que la detención por el delito de la sec. 1325, a la luz del derecho estatal, es válida. De

<sup>23</sup> *Id.*, p. 474.

<sup>24</sup> *Id.*, p. 475.

igual forma, la referencia en el derecho estatal a la facultad para detener por la comisión de *delitos*, implica que “la detención de una persona por estancia irregular excede del poder que atribuye el derecho estatal a la policía de Peoria”<sup>25</sup> ya que se trata de una mera infracción administrativa (federal). Esta segunda parte del razonamiento del tribunal a la vista del derecho estatal era innecesaria; ya había concluido que la ejecución del régimen administrativo federal quedaba reservada a la administración nacional.

Como puede bien aventurarse, otros supuestos pueden ser más problemáticos. Es posible que el lenguaje empleado por la regulación estatal de la detención restrinja implícitamente la facultad para detener por *delitos previstos en el ordenamiento del Estado* (al referirse, p. ej., a la autoridad de los agentes para detener a quienes hubieran infringido “cualquier ley del Estado” o a quienes hubieran incurrido en una conducta tipificada como delito “en este Estado”).<sup>26</sup> También puede suceder que los límites que todos los derechos de los Estados prevén para la detención sin previa orden judicial excluyan indirectamente la facultad de la policía para practicar detenciones por determinados delitos federales. Ello sucede, especialmente, porque algunos ordenamientos sólo permiten la detención sin orden judicial por *delitos leves* cuando se hayan cometido *en presencia del agente*.<sup>27</sup> Así, por ejemplo, siendo la (primera) entrada ilegal en el país, como sabemos, un delito leve, es posible que en esos Estados no se puedan llevar a cabo detenciones salvo que el delito se perpetre *en presencia* del agente. Dejando a un lado el caso, excepcional, de que un agente local o estatal observe directamente cómo un extranjero traspasa subrepticamente la frontera por un punto no autorizado, que pueda detenerse por el delito de (primera) entrada ilegal dependerá de que sea considerado un delito continuado, o no, y los tribunales han interpretado que se trata de un delito de mera actividad que se consuma una vez se ha completado la entrada.<sup>28</sup> Por ello, cuando se exija que el delito leve se haya cometido en su presencia, el agente no podrá practicar una detención por el delito de

<sup>25</sup> *Id.*, pp. 475-76.

<sup>26</sup> Ver los ejemplos ofrecidos *supra*, n8.

<sup>27</sup> Es, de hecho, la norma de derecho común que rige en defecto de regulación estatal en contrario, Bach, “State Law to the Contrary,” pp. 80-83, y que, además, ha sido confirmada expresamente por numerosos ordenamientos estatales: p. ej., *Indiana Code* § 35-33-1-1(a) “a law enforcement officer may arrest a person when the officer has... probable cause to believe the person is committing or attempting to commit a misdemeanor in the officer’s presence;” *Michigan Compiled Laws* § 764.15 “a police officer, without a warrant, may arrest a person where a... misdemeanor... is committed in the officer’s presence;” *Washington Revised Code*. § 10.31.100 “a police officer may arrest a person without a warrant for committing a misdemeanor or gross misdemeanor only when the offense is committed in the presence of the officer”).

<sup>28</sup> Consideran que *no* es un delito continuado, p. ej., *Gonzales v. City of Peoria*, 722 F.2d 468 (9th Cir.1983), pp. 473-74; *United States v. Rincon-Jimenez*, 595 F.2d 1192, (9th Cir.1979), p. 1194; *U.S. v. Cavillo-Rojas*, WL 563885 (4th Cir.2013), p. 9-10; *Gates v. Superior Court*, 193 Cal.App.3d 205 (1987), pp. 215-16.

(primera) entrada ilegal. Otra cosa ocurrirá cuando se trate de delitos continuados, aunque sean calificados de leves,<sup>29</sup> o cuando se trate de delitos graves.<sup>30</sup>

El criterio sentado en *Gonzales* ha tenido refrendo tanto en jurisprudencia posterior<sup>31</sup> como en el trabajo del *Office of the Legal Counsel* (OLC),<sup>32</sup> que elaboró un Dictamen en 1996<sup>33</sup> en el que, al tiempo que excluía la aplicación a nivel sub-federal del régimen administrativo de extranjería recordaba que “es algo unánimemente admitido que las fuerzas del orden estatales pueden aplicar las leyes federales siempre que su actividad no perjudique los intereses regulatorios nacionales... Este principio general se extiende a la ejecución estatal de la disposiciones

<sup>29</sup> *P. ej.*, El delito, leve, que comete el extranjero que no cumple con la obligación de registro que le impone el derecho federal (sec. 1306 USC 8), es una infracción continuada, *United States v. Franklin*, 188 F.2d 182 (7th Cir. 1951). Téngase en cuenta, no obstante, que normalmente la administración federal exime de la obligación de registrarse y únicamente exige cumplimentar el modelo I-94 Arrival-Departure Record.

<sup>30</sup> La expresión “se hallare en” los Estados Unidos empleada en la tipificación del delito de nueva entrada ilegal del extranjero previamente expulsado ha llevado a los tribunales a concluir que es una infracción continuada, que termina en el momento en que el infractor es descubierto, *U.S. v. Ruelas-Arreguin*, 219 F.3d 1056 (9th Cir. 2000). No obstante, al tratarse de un delito grave (*felony*) la detención podrá efectuarse por las autoridades estatales y locales en todo caso, si bien siempre exigirá la existencia de una sospecha particularizada de que se ha cometido el delito de nueva entrada ilegal, algo que difícilmente sucederá de forma separada e independiente a la sospecha de que simplemente se ha cometido el delito de (primera) entrada no autorizada.

<sup>31</sup> *P. ej.*, *In Re Jose C.*, 198 P.3d 1087 (Cal. 2009), “Congress has established a regime of cooperative federalism, in which local, state, and federal governments may work together to ensure the achievement of federal *criminal* immigration policy;” *U.S. v. Daigle*, WL 1692648, (D.Me., 2005) y *U.S. v. Laville*, WL 319001 (D.Virgin Islands, 2006) ambos avalando la detención efectuada por un agente local, de un municipio fronterizo, por el delito de entrada ilegal en el territorio nacional; *United States v. Gujón-Ortiz*, 660 F.3d 757 (4th Cir. 2011), considerando legal la detención por el delito de utilizar documentación de inmigración falsificada.

<sup>32</sup> El Presidente puede “solicitar la opinión por escrito del encargado de cada uno de los ministerios del ejecutivo sobre cualquier asunto relacionado con las obligaciones de sus respectivos cargos,” (art. II, sec. 2, cl. 1 U.S. Const.) entre ellas, en lo que aquí más nos interesa, la de “velar por que se cumplan fielmente las leyes” (art. II, sec. 3 U.S. Const.). Las funciones de asistencia jurídica al Presidente las desempeña, en esencia, el *Attorney General* quien a su vez, ha delegado en el *Office of the Legal Counsel* (OLC), creado en 1950 y que, entre sus funciones, incluye las de revisar la constitucionalidad de las leyes y de las *Executive Orders* que se pretendan aprobar, e incluso la solución de las disputas entre agencias. Su principal tarea, en todo caso, es la que proporcionar asistencia jurídica a los ministerios, al *Attorney General* y al propio Presidente. Sec. 0.25(a) CFR 28. Véase McGinnis, “Models of the Opinion Function of the Attorney General,” p. 380 y, para una referencia más actual de las funciones del OLC, U.S. Department of Justice, Office of Legal Counsel, *Memorandum for Attorneys of the Office. Re: Best Practices for OLC Legal Advice and Written Opinions* (Washington DC, 2010). Para la cuestión, más importante, del valor jurídico de los dictámenes del OLC, véase más adelante en el texto principal.

<sup>33</sup> Memorandum Opinion for the United States Attorney, Southern District of California from Teresa Wynn Roseborough, Deputy Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, “Assistance by State and Local Police in Apprehending Illegal Aliens,” de 5 de febrero de 1996. Original disponible en <http://www.justice.gov/sites/default/files/olc/opinions/1996/02/31/op-olc-v020-p0026.pdf>. [Memorandum OLC 1996].



*penales* de la INA.” Al mismo tiempo hace dos matizaciones que ya nos son conocidas: “el ordenamiento federal no exige a las agencias estatales que asistan en la ejecución de la legislación federal de extranjería” ni por ello “los Estados están obligados a permitir a sus agentes” que puedan detener por infracciones de extranjería, es más, añadimos nosotros, sería inconstitucional un mandato federal en ese sentido, y “la autoridad aplicativa de la policía estatal está sometida a las disposiciones y limitaciones del derecho estatal.”<sup>34</sup>

## 2. La distinción entre ilícitos penales e ilícitos administrativos y su problemática

LA DOCTRINA EXPUESTA basa su éxito en que pueda trazarse una línea divisoria entre el régimen administrativo (y la medida de expulsión) y el sistema penal de extranjería. Sin embargo, se trata de una línea difícil de mantener, si no en la teoría, sí en la práctica.<sup>35</sup> *Primero*, a nivel normativo se produce un solapamiento entre el sistema administrativo y el sistema penal de extranjería. El tipo penal se define, en numerosas ocasiones, con específica referencia a una actuación administrativa (p. ej., el delito de falsedad en la solicitud por la que se pretende el cambio de la situación administrativa de extranjería; el delito de no abandonar el país tras haberse adoptado una decisión final de retorno en el correspondiente procedimiento administrativo de expulsión; el delito de volver a entrar en el país tras haber sido previamente expulsado, expulsión que, como sabemos, tiene naturaleza administrativa).

*Segundo*, en la práctica puede resultar difícil, cuando no imposible, distinguir una infracción administrativa de un ilícito penal. Así un agente estatal o local tendrá complicado discernir las sospechas de que una persona ha cometido el delito de entra ilegal (un delito de extranjería por el que, según *Gonzales*, podría efectuar la detención) de las sospechas de la comisión de la infracción administrativa de estancia irregular (por la que no podría hacerlo).

<sup>34</sup> Dictamen OLC 1996, p. 29.

<sup>35</sup> *P. ej.*, en contra de todo poder autónomo de los Estados tanto para detener por infracciones penales como administrativas de extranjería, Renn, “State and Local Enforcement of the Criminal Immigration Statutes and the Preemption Doctrine,” pp. 1018-19; Pham, “The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position,” p. 978; Manheim, “State Immigration Laws and Federal Supremacy,” p. 982; Yañez y Soto, “Local Police Involvement in the Enforcement of Immigration Law,” p. 26-28; Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” p. 1093n53. También Kobach, “The Quintessential Force Multiplier,” pp. 219-225 quien, en cambio defiende la competencia de los Estados para aplicar tanto el régimen penal como administrativo de extranjería.

*Tercero*, no es cierto que las infracciones penales sean pocas y simples. Si bien en *Gonzales* el tribunal sólo identifica tres infracciones (tráfico de inmigrantes irregulares, sec. 1324; entrada ilegal en territorio nacional, sec. 1325 USC 8 y nueva entrada tras previa expulsión, sec. 1326 USC 8), la doctrina cuenta hoy “al menos cuarenta y siete,” (entre las que se incluir). En cuanto a la presunta sencillez de las disposiciones, baste con poner como ejemplo la complejidad que existe a la hora de qué se debe entender por entrada (*entry*) en el país, pieza central de la conducta de muchos delitos de extranjería.<sup>36</sup>

*Cuarto*, aunque, tanto en la teoría como en la práctica pudieran diferenciarse claramente, la detención por determinadas infracciones penales de extranjería abre la puerta a la posibilidad no sólo de que se proceda penalmente contra el responsable, sino de que, si el sujeto activo es un extranjero, se inicie el procedimiento administrativo de expulsión o se ejecute una decisión administrativa de expulsión previamente adoptada. Es más, tal y como ha demostrado la doctrina, en la mayoría de los casos en que un extranjero ha entrado ilegalmente en el país, en lugar de ser perseguido penalmente por el delito cometido, es expulsado.<sup>37</sup> Por

<sup>36</sup> *P. ej.*, Sec. 1325 INA 8 castiga a cualquier extranjero que entrare o intentare entrar en los Estados Unidos en momento o lugar distinto a aquel que ha sido designado por las autoridades de inmigración ... intentare entrar u obtuviere la entrada a los Estados Unidos mediante uso intencionado de engaño, representación falsa o mediante ocultación intencionada de alguna circunstancia.” Sec. 1326 INA 8, que castiga al extranjero previamente expulsado que “entrare, intentare entrar o fuere hallado en cualquier momento en los Estados Unidos.” Sec. 1327 INA 8, que castiga a quien, “a sabiendas, auxiliare o asistiere a un extranjero que no pudiera ser admitido” por determinadas circunstancias “a entrar en los Estados Unidos.”

Pues bien, encontrarse físicamente en territorio estadounidense no implica necesariamente haber entrado en el país, salvo que las inspecciones se hubieran hecho en territorio extranjero. Por el contrario, la presencia en territorio nacional tras la inspección y admisión en frontera sí se consideraba entrada, en sentido técnico, al igual que la penetración de la frontera funcional (que se extiende 100 millas hacia el interior del territorio nacional) de quien intencionadamente evada la inspección. Por otra parte, el derecho norteamericano no considera que haya entrado en el país a quien fuera admitido temporalmente por razones humanitarias, cualquiera que sea el tiempo que lleve físicamente en los Estados Unidos.

La distinción era crucial, hasta 1996, no sólo a los efectos de determinar si se ha consumado alguno de los delitos arriba referidos, sino para precisar las garantías procedimentales aplicables al extranjero en caso de retorno. Propiamente, cuando no había entrado en el país, el extranjero podía ser simplemente *excluido* en frontera, mientras que, en caso de haberse producido la entrada en el país, el procedimiento aplicable sería propiamente el de *expulsión*. Tras las reformas de 1996, el peso, en el régimen administrativo de extranjería, se ha trasladado a la noción de “admisión” (*admission*), que la propia ley define, remitiéndose aún al concepto de ‘entrada’ como “lawful entry of the alien into the United States after inspection and authorization by an immigration office,” § 1101(a)(13)(A). Por ello, la administración y los tribunales han interpretado que los admitidos temporalmente por razones humanitarias (*parolees*), no han sido admitidos en sentido estricto y pueden ser expulsados a través de un procedimiento de urgencia, menos garantista, aplicable también a cualquier extranjero que se encuentre en territorio nacional sin haber sido admitido, al que técnicamente se considera como un solicitante de admisión.

<sup>37</sup> Motomura, “The Discretion That Matters,” pp. 1826-27, 1844-47.

tanto, la ejecución estatal de las disposiciones penales del derecho federal de extranjería habitualmente se transforma, por decisión de la administración federal, en aplicación del régimen administrativo.

Con todo lo dicho, creemos que estas críticas, fundamentadas como son, exigen una matización. Entre los numerosos delitos de extranjería es cierto que hay disposiciones cuyo tipo de injusto es difícilmente distinguible de la mera estancia irregular y, por tanto, las consecuencias sancionadoras se solapan con la medida de expulsión. Cuando un extranjero incurre en una causa de expulsión (por cometer determinados delitos *comunes*, o haber incumplido las condiciones de su visado, o sencillamente cuando la autorización de estancia o residencia ha expirado), a ojos del derecho de extranjería federal ha cometido un ilícito administrativo que determina su expulsión, medida meramente administrativa. Pero esa medida es aplicable también a quien ha entrado ilegalmente en el país, una infracción penal que es sancionable con pena de prisión y multa. Sin embargo, hay delitos de extranjería que no plantean estos problemas y tienen una fisonomía similar a la de un delito común, bien porque no exigen la condición de extranjero para su comisión (p. ej., transportar o emplear inmigrantes irregulares), bien porque su propia descripción típica no es más que una especialidad de una infracción común (p. ej., falsedad en documentos de identidad o de inmigración).

### **C. El poder inherente de las autoridades estatales para efectuar detenciones por *infracciones administrativas* de extranjería**

#### **1. La postura contraria al poder inherente para perseguir infracciones administrativas**

Como hemos anticipado, la opinión generalizada durante mucho tiempo fue la de que las autoridades estatales o locales no tenían poder para aplicar la disciplina administrativa federal de extranjería. Como también hemos adelantado, en *Gonzales*<sup>38</sup> el *9th Circuit*, tras confirmar que la ejecución estatal o local de la disciplina penal de la inmigración irregular no entra en conflicto con intereses federales. Y que ni la estructura ni la historia legislativa de la INA ponen de manifiesto una intención por parte del legislador federal de impedir la ejecución estatal o local de sus disposiciones penales, concluyó en cambio, *obiter dictum*, que sí que debe

<sup>38</sup> *Gonzales v. City of Peoria*, 722 F.2d 468 (9th Cir.1983).

“inferirse una intención de excluir toda aplicación de las disposiciones de la legislación federal que regulan la admisión, duración autorizada de la estancia, residencia y expulsión” ya que “constituyen un marco regulador exhaustivo, coherente con el poder federal exclusivo en materia de inmigración.”<sup>39</sup>

Sin entrar en el cuestiones teóricas, pero poniendo de manifiesto la trascendencia práctica de la doctrina sentada en *Gonzales*, el *6th Circuit Court of Appeals* tuvo que resolver en el asunto *United States v. Urrieta*<sup>40</sup> acerca de la validez de la prolongación de la ‘retención’ de Urrieta, durante una intercepción de tráfico,<sup>41</sup> más allá del tiempo necesario para que un agente de policía local impusiera

<sup>39</sup> *Id.*, pp. 474-75.

<sup>40</sup> 520 F.3d 569 (6th Cir.2008).

<sup>41</sup> Cuando hablamos de ‘retención’ (*detention*) o ‘intercepción’ (*stop*) estamos refiriéndonos a una restricción de la libertad personal que no llega a constituir ‘detención,’ (*arrest*) en sentido técnico. El Tribunal Supremo confirmó en *Terry v. State of Ohio*, 392 U.S. 1 (1968), que la policía tiene la facultad, aun en ausencia de justificación suficiente (‘causa probable’) para detener, de ‘interceptar’ a un particular, generalmente durante un breve período de tiempo, para investigar la posible comisión de una infracción. Este tipo de intrusiones más limitadas en la esfera de libertad personal están gobernadas también por la Cuarta Enmienda, como la detención, pero de acuerdo con el precepto constitucional y su interpretación jurisprudencial, exigen para su validez un *quantum* menor de indicios acerca de la comisión de una infracción a los exigidos para la formación de la ‘causa probable.’ La jurisprudencia denomina a este estándar ‘sospecha razonable,’ que debe basarse en “razones objetivas y específicas de que la persona concreta que ha sido interceptada” ha cometido una infracción o la está cometiendo, *United States v. Cortez*, 449 U.S. 411 (1981). Ahora bien, una restricción de la libertad individual en este contexto no puede considerarse válida si las actuaciones que se llevan a cabo “no están relacionadas razonablemente con las circunstancias que la justificaron en un primer momento” *Terry*, 392 U.S. p. 20, lo que se ha interpretado como una imposición de límites tanto en cuando a su duración como en cuanto al alcance de las actividades indagatorias que pueden llevarse a cabo, *Illinois v. McArthur*, 531 U.S. 326 (2001).

A pesar de que los tribunales han rechazado establecer límites temporales estrictos a la duración de una intercepción, en principio la restricción de la libertad “deberá ser temporal y no extenderse más de lo necesario *para hacer efectivo el propósito [originario] de la intercepción*,” *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983) y, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, debe preguntarse si la policía está actuando diligentemente, empleando los medios de investigación adecuados para resolver rápidamente, en un sentido o en otro, las cuestiones que han conducido a la intercepción, y si es imprescindible para las diligencias de investigación la presencia del sospechoso, *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983) y *United States v. Sharpe*, 470 U.S. 675 (1985).

De igual forma, aún dentro del margen temporal de la retención, las diligencias practicadas tienen, en principio, que estar razonablemente relacionadas con las circunstancias que motivaron inicialmente la intercepción, razón por la cual no podrán tener por objeto investigar un ilícito si no existe al menos ‘sospecha razonable’ de su comisión, *Hiibel v. Sixth Judicial District Court* 542 U.S. 177 (2004) (preguntar a un particular por su nombre podría, por tanto, exceder del alcance legítimo de la intercepción si no está relacionado con las circunstancias que la motivaron). No obstante, si durante el curso de la interacción del particular con la policía surge la ‘sospecha razonable’ de que la persona retenida ha cometido *un delito o infracción diferente* a la que motivó inicialmente la ‘intercepción,’ esta otra infracción constituye una base alternativa, en sí misma para prolongar la retención, si así lo requieren las circunstancias, y para investigar esa nueva infracción, *State v. Watson*, 165 Conn. 577 (1973), también, *p. ej.*, *United States v. Hardy*, 855 F.2d 753 (11th Cir.1988) (la intercepción de un vehículo se prolongó durante un total de 50 minutos ya que hubo de esperar a la llegada

al interesado una sanción por la infracción cometida. En ese lapso el agente intentó determinar si Urrieta se encontraba ilegalmente en el país y el detenido consintió en que su vehículo fuera registrado, hallándose en él armas de fuego y documentos falsificados. En el subsiguiente proceso penal, Urrieta trata de excluir las pruebas obtenidas durante el registro alegando que la prolongación de la restricción de la libertad, una vez que el agente le había impuesto la sanción de tráfico, carecía de fundamento al no estar basada en la sospecha de la comisión de un delito distinto.

El tribunal concluyó que la prolongación de la ‘retención’ no podía fundarse exclusivamente en el hecho de que el agente tuviera la ‘sospecha razonable’ de que Urrieta se encontraba ilegalmente en el país. Aunque el tribunal parece reconocer que las autoridades locales y estatales pueden detener por *delitos* de extranjería,<sup>42</sup> la sec. 1357(g) USC 8 (acuerdos de cooperación) “debe interpretarse en el sentido de que los agentes locales no pueden perseguir infracciones *administrativas* consumadas contra el régimen federal de extranjería (i.e., estancia irregular) salvo que específicamente sean autorizados para ello por el *Attorney General* bajo ciertas condiciones, que no concurren en este caso.”<sup>43</sup> Puesto que, aparte de la sospecha de que el detenido pudiera ser un extranjero en situación

de un perro entrenado para localizar drogas; la razón inicial del control de tráfico, exceso de velocidad, dio paso a una ‘sospecha razonable’ de que el vehículo transportaba drogas).

Sin embargo, una importante línea jurisprudencial, hoy dominante, ha reblandecido en buena medida las limitaciones expuestas. De una parte, en *Illinois v. Caballes*, 543 U.S. 405, el Tribunal Supremo declaró que una diligencia no excede del alcance de la intercepción, aunque se dirija a investigar una infracción distinta a la que la motivó (p. ej., un delito de extranjería), y aunque no exista ‘sospecha razonable’ de su comisión salvo que la diligencia practicada, en sí misma, “vulnere las garantías constitucionales de privacidad” del particular, es decir constituya un registro (validando así el empleo de un perro adiestrado para buscar estupefacientes alrededor de un vehículo durante una intercepción por una infracción de tráfico, a pesar de que no existía ‘sospecha razonable’ de que se hubiera cometido un delito relacionado con drogas). Por otra parte, la mayoría de los tribunales ha considerado que las actividades (no invasivas) que no estén relacionadas con el propósito inicial de la intercepción (p. ej., preguntar al conductor acerca de si lleva drogas en el vehículo o, a nuestros efectos, cuál es su nacionalidad o su estatus inmigratorio), son válidas “en la medida en que no prolonguen *de modo apreciable* la duración de la retención,” *Arizona v. Johnson*, 555 U.S. 323 (2009), rechazando así también una aplicación estricta de los límites temporales señalados en *Terry* (que, en materia de tráfico, implicarían la invalidez de toda prolongación de la retención más allá del tiempo necesario para completar el propósito inicial de sancionar al conductor).

<sup>42</sup> Antes de proceder al registro del vehículo el agente local contacta con las autoridades federales de inmigración a los efectos de determinar si Urrieta se encuentra legalmente en el país, descubriendo que no existe expediente alguno sobre él. Esta falta de información significa para el tribunal que Urrieta no se encontraba ilegalmente en el país tras haber sido previamente expulsado (pues habría constancia de este hecho), y que por tanto no ha cometido el delito tipificado en 8 USC § 1326. Esta falta de información es significativa pues “la nueva entrada ilegal en el país tras haber sido expulsado es el único delito de extranjería que un agente local puede perseguir.” *Urrieta*, 520 F.3d, pp. 571-72.

<sup>43</sup> *Id.*, p. 574.

irregular, no existía ninguna sospecha razonable de la comisión de otro delito (común o de extranjería) que permitiera prolongar la ‘retención,’ ésta se prolongó indebidamente lo que obliga al tribunal a excluir cualesquiera pruebas que pudieran haberse descubierto en ese tiempo.

Esta postura fue la que siguió, en un primer momento, el *Office of the Legal Counsel*. Lo hizo inicialmente<sup>44</sup> en un memorándum de 1989<sup>45</sup> en el que puede leerse que “un extranjero que entra legalmente en el país y se registra conforme a las exigencias de la ley ... puede aún no obstante ser expulsado por no cumplir con las normas de naturaleza administrativa o no penal” por lo que “la mera existencia de una orden de expulsión no autoriza a todos los agentes del orden, estatales o locales, a detener al infractor de esas obligaciones administrativas”<sup>46</sup> pues no implican, *per se*, la comisión de un delito de extranjería. Y decididamente, y con mayor claridad, en el memorándum de 1996 más arriba mencionado. En él, tras recordar que “la expulsión de un extranjero es un procedimiento de naturaleza administrativa” y no penal y que “determinadas personas pueden verse sometidas a la medida de expulsión aún sin haber incurrido en una infracción penal de las tipificadas en la legislación de extranjería” concluye que “la policía estatal y local carece de autoridad legal para dar el alto y detener a un extranjero sólo por la sospecha de que puede encontrarse en situación administrativa que pueda determinar su expulsión, sin que concurra la comisión de otra infracción penal de extranjería u otro delito común.”<sup>47</sup>

## 2. El *10th Circuit Court* y la postura favorable al poder inherente para perseguir infracciones administrativas

EN COMPETENCIA CON la línea de argumentación expuesta, la jurisprudencia del *10th Circuit*, a tientas primero en los años 80 y con más firmeza desde finales de

<sup>44</sup> En *Gonzales*, el Tribunal se refiere a una nota de prensa emitida por el *Attorney General* en 1978. Press Release, Attorney General Griffin Bell, “Guidelines Issued for State and Local police in Immigration Cases,” 23 de junio de 1978, se emplea la versión reproducida en *Interpreter Releases* 55, no. 31, 9 de agosto de 1978, p. 306. En la nota de prensa se “reafirma la política del DOJ en el sentido de que la responsabilidad de la aplicación de las leyes de extranjería descansa en el *Immigration National Service* y no en la policía estatal o local” a quienes urge para que se atengan a la directriz que prohíbe que “intercepten, detengan pregunten o pongan bajo custodia a un sospechoso de haber cometido una infracción, por el sólo hecho de que se encuentra en situación de poder ser expulsado.”

<sup>45</sup> Memorandum for Joseph R. Davis, Assistant Director, Federal Bureau of Investigation, from Douglas W. Kmiec, Assistant Attorney General, Office of Legal Counsel, “Handling of INS Warrants of Deportation in Relation to NCIC Wanted Person File,” de 11 de abril de 1989. Original disponible en [aclu.org/files/images/asset\\_upload\\_file438\\_29970.pdf](https://aclu.org/files/images/asset_upload_file438_29970.pdf)

<sup>46</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>47</sup> Memorandum OLC 1996, p. 29.

los 90, ha reconocido a los agentes estatales y locales un poder general para investigar y efectuar detenciones por infracciones, administrativas y penales, de extranjería. Es una jurisprudencia que se sitúa, en gran medida, en las antípodas de *Urrieta*. Veamos sus piezas más importantes.

En *United States v. Salinas-Calderon*,<sup>48</sup> un agente de carretera intercepta en el oeste de Kansas una camioneta que circula erráticamente, al sospechar que su conductor podría encontrarse bajo la influencia del alcohol (un delito estatal). Salinas y su mujer ocupan los asientos delanteros, mientras que en la parte trasera el agente de policía encuentra a otros seis pasajeros, ninguno de los cuales habla inglés. En el curso de la ‘retención’ del vehículo (no se ha practicado ninguna detención aún) el agente conoce que Salinas no dispone de permiso de conducir y tampoco habla inglés, por lo que tiene que preguntar a la mujer que lo acompaña, y que viajan desde Florida a Colorado. Al preguntar si el hombre tenía la “tarjeta verde” (es decir, si era residente legal),<sup>49</sup> la mujer contesta que no, tras lo cual el agente inquiriere acerca de los seis individuos que van en la parte de atrás, sabiendo entonces que todos son de México y que ninguno está en posesión de identificación o documentación acreditativa de su situación administrativa. Tal y como consta en la sentencia, el agente estatal sospecha ya en ese momento que los ocupantes del vehículo habían cometido alguna infracción de extranjería, pero no sabía aún cuál exactamente. Finalizadas las preguntas, el agente detiene a todos los ocupantes del vehículo y, tras contactar con la administración federal de extranjería (hoy el ICE) los transfiere a su custodia. Salinas es posteriormente acusado del delito de transportar inmigrantes irregulares.

La defensa alega que el agente no podía, en el contexto de la ‘intercepción’ por la infracción de tráfico, investigar la situación administrativa de extranjería del conductor o de los ocupantes del vehículo y que por tanto esa información había sido obtenida de manera ilegal. El tribunal afirma en su breve pronunciamiento que “el agente estatal tiene facultades indagatorias generales para *investigar* posibles infracciones de extranjería,”<sup>50</sup> sin distinguir entre ilícitos administrativos o penales. Por ello, tras conocer válidamente que el conductor y los seis

<sup>48</sup> 728 F.2d 1268 (10th Cir.1984)

<sup>49</sup> Las diligencias esenciales durante una intercepción de tráfico se circunscriben a explicar al conductor la razones que la motivaron y a verificar sus credenciales y las del vehículo, para terminar extendiendo la multa o una simple advertencia. No obstante, también se ha venido admitiendo en la jurisprudencia que el agente, sin necesidad de una sospecha adicional que las fundamente, pueda inquirir sobre cuestiones ajenas al motivo inicial de la intercepción, como los planes de viaje, la tenencia de sustancias prohibidas o, para el caso que nos trae aquí, el estatus migratorio de los ocupantes del vehículo. Ver *infra*. Ahora bien, el elemento distintivo de los casos que se exponen es, precisamente, qué puede hacer el agente estatal o local con la información obtenida si revelan la existencia, no ya de un delito de extranjería, sino de una simple infracción administrativa de estancia irregular.

<sup>50</sup> *Id.*, p. 1301n3.

pasajeros son naturales de México, que no hablan inglés y que carecen de permiso de residencia o identificación, el agente pudo desarrollar una ‘causa probable’ de que se había cometido o se estaba cometiendo una infracción de extranjería, siendo indiferente para el tribunal que no supiera con certeza, en el momento de la detención, si se trataba de un ilícito administrativo o penal.<sup>51</sup>

Más importante, pues evaluará en qué medida la legislación federal desplaza las facultades ejecutivas de los Estados, será el asunto *United States v. Vasquez-Alvarez*,<sup>52</sup> decidido en 1999. Todo comienza cuando un agente federal de inmigración se encuentra cenando en un local de la ciudad de Edmond, Oklahoma, y observa en el parking lo que parece ser un acto de tráfico de drogas. A la mañana siguiente, el agente federal contacta con la policía local a quien describe los vehículos implicados y de quien solicita que investigue los hechos, haciendo saber que alberga la sospecha de que uno de los implicados se encuentra irregularmente en el país.<sup>53</sup> Esa misma noche un agente local acude al restaurante, en cuyo parking observa la presencia de los vehículos que le han sido descritos, sabiendo al poco tiempo que uno de ellos pertenece a un empleado del restaurante llamado Vasquez-Alvarez quien, al ser preguntado al respecto, reconoce que, efectivamente, es un inmigrante irregular. El agente procede entonces a detenerlo y conducirlo a las dependencias policiales, donde es custodiado hasta su entrega a los agentes federales de inmigración.<sup>54</sup>

Vasquez-Alvarez es detenido simplemente por la existencia de ‘causa probable,’ basada en la declaración del propio infractor, de que se encuentra en *situación administrativa irregular*, sin que concurra sospecha alguna acerca de la comisión de un delito federal de extranjería (entrada o reentrada ilegales) o de otro delito común. Sólo posteriormente se descubre que había entrado ilegalmente en el país y que previamente había sido expulsado en tres ocasiones, es decir, que había cometido una infracción *penal* de extranjería. Como vimos anteriormente, la sec. 1252c USC 8 permite expresamente a las autoridades estatales y locales detener a aquellos extranjeros que hubieran entrado ilegalmente en el país y que previamente hubieran sido expulsados como consecuencia de una condena por delito, pero exige a los agentes que actúen en virtud de esta habilitación que contacten previamente con las autoridades federales de inmigración para obtener

<sup>51</sup> *Id.*, p. 1300-01.

<sup>52</sup> 176 F.3d 1294 (10th Cir.1999).

<sup>53</sup> Precisamente el hecho de que el agente de la policía local intervenga a instancias de un agente federal de inmigración lleva a algunos a concluir que el asunto sólo ofrece respuesta para la cuestión de si una detención puede efectuarse a instancias de las autoridades federales, pero no permite resolver si los agentes locales o estatales tienen un poder general para investigar y detener por una infracción administrativa de extranjería. Keaney y Huerta, “Restrictionist States Rebuked,” pp. 268-69.

<sup>54</sup> *Id.*, pp. 1295-96.



confirmación de la situación administrativa del extranjero. Pero esas condiciones no se habían cumplido.

El tribunal rechaza en su sentencia el argumento de que la detención había sido ilegal puesto que no se habían cumplido las condiciones exigidas por la sec. 1252c. La autorización contenida en la legislación federal no limita o desplaza *expresamente* el poder general y preexistente de los Estados para investigar y detener por infracciones del ordenamiento federal, en el que se incluyen las normas de extranjería. Antes al contrario, la sec. 1252c simplemente crea una vía adicional para la aplicación de la normativa federal, que se añade a las facultades que, de forma autónoma, reconoce el derecho estatal para efectuar detenciones sin previa orden judicial. Según el tribunal, la historia legislativa del precepto así lo acredita ya que la única manifestación de la intención del legislador, en boca del proponente de la enmienda que terminó convirtiéndose en la sec. 1252c, indica que el propósito de la autorización era despejar las limitaciones que se entendían hasta entonces contenidas en la legislación federal, que según el parlamentario, “prohibía a los agentes del orden estatales y locales detener a los *delincuentes extranjeros* que encontraban en el cumplimiento de sus funciones,” algo que ahora, al aprobarse la enmienda propuesta, si se permitiría.<sup>55</sup> Sin embargo, ni la doctrina, ni los tribunales, ni los antecedentes legislativos permiten identificar cuáles eran esas limitaciones del poder subfederal de las que habla el parlamentario cuyas palabras hemos reproducido. Es más, hay serios indicios de que no existían tales impedimentos. En efecto, en 1996, momento de la introducción en la INA de la autorización que examinamos, se aceptaba unánimemente que los agentes estatales y locales eran titulares de un poder *general* para investigar y llevar a cabo detenciones por infracciones *penales* del régimen federal de extranjería (i.e. por entrada o reentrada ilegales).

El tribunal prosigue con el análisis de la posible preención de los poderes estatales y locales para ejecutar el régimen federal de inmigración y concluye que tampoco puede entenderse *implícita* la voluntad del legislador de prohibir cualquier participación en la aplicación de la legislación de extranjería al margen de la sec. 1252c. Su intención, por el contrario, fue la de promover, incentivar, la intervención subfederal en la aplicación de la legislación de extranjería, como lo demuestra, según el tribunal, las reformas que siguieron a la aprobación de la sec. 1252c (menciona en especial la posibilidad de celebrar acuerdos formales de cooperación prevista en la sec. 1357(g)).<sup>56</sup> En definitiva, no hay preención del poder estatal para permitir la investigación y detención por cualesquiera infraccio-

<sup>55</sup> *Id.*, pp. 1298-99.

<sup>56</sup> *Id.*, p. 1300.

nes del derecho federal. El agente local, por tanto, no actuó en virtud de la autorización federal descrita, sino que la detención se efectuó basándose en las facultades que el propio derecho estatal de Oklahoma le confiere.<sup>57</sup>

Poco después el tribunal reitera su criterio en *United States v. Santana-García*.<sup>58</sup> Los hechos son algo distintos: las sospechas acerca de la irregularidad de la situación administrativa no dan lugar a la detención y puesta a disposición de las autoridades federales de inmigración, sino a la prolongación de una ‘retención’ que culmina con el hallazgo de una cantidad significativa de estupefacientes. Un agente estatal de Utah ordena detenerse a un vehículo que se había saltado una señal de ‘stop.’ El conductor no disponía de permiso de conducir (hecho en sí mismo constitutivo de un delito estatal) y no hablaba inglés, y el acompañante sólo tenía un dominio limitado del idioma. Tras solicitar la asistencia de un agente que hablara español y a la espera de su llegada, el agente pregunta a los ocupantes del vehículo acerca de la titularidad del mismo y de sus planes de viaje, cuestiones rutinarias en una intercepción de tráfico. Al saber que viajan de México a Colorado, les pregunta si son “legales,” a lo que ambos responden negativamente. Tras la llegada del segundo agente, hispanohablante, ambos reciben el consentimiento para registrar el vehículo, en el que hallan, oculta tras el frontal del salpicadero, una significativa cantidad de droga.<sup>59</sup>

El tribunal consideró la cuestión de si era legal la prolongación de la restricción de la libertad, durante la cual se había descubierto la droga, sobre la base de las sospechas acerca de la comisión de una infracción administrativa de extranjería (encontrarse ilegalmente en el país) que los ocupantes del vehículo parecían reconocer haber cometido. La conclusión a la que llegó fue que desde el momento en que los ocupantes del vehículo respondieron que “no eran legales” existía “causa probable para detenerles... por la comisión de una infracción federal de extranjería,”<sup>60</sup> que se venía a añadir, no se olvide, a la causa probable ya existente de la comisión de un delito estatal por conducir sin permiso. Por ello, fue legal la prolongación de la ‘retención,’ (que condujo al registro del vehículo al descubrimiento de la droga y finalmente a la ‘detención’), más allá del propósito inicial que la motivó (la infracción de tráfico), pues existía una base distinta, la sospecha de la comisión de otras infracciones, que la justificaba. Reiteró, con profusa cita de *Vasquez-Alvarez*, que los agentes estatales y locales poseen una capacidad implícita en sus competencias para investigar y detener por infracciones del derecho

<sup>57</sup> La legislación de Oklahoma permite detener, sin orden judicial y en las circunstancias previstas, por cualquier “public offense,” *Oklahoma Statutes* § 22-196(l). Lo que se interpreta en el sentido de incluir cualquier infracción tipificada en el derecho federal.

<sup>58</sup> 264 F.3d 1188 (10<sup>th</sup> Cir.2001).

<sup>59</sup> *Id.*, pp. 1191-92.

<sup>60</sup> *Id.*, p. 1193.

federal, incluidas sus normas de extranjería,”<sup>61</sup> nuevamente sin distinción entre infracciones civiles y penales del régimen de extranjería. Ello, advierte el tribunal, siempre que el derecho estatal no prescriba otra cosa.<sup>62</sup>

La doctrina sentada por el *10th Circuit of Appeals* se ha reiterado posteriormente, también por otros tribunales federales inferiores.<sup>63</sup> Algunos de los asuntos expuestos, y de los que vinieron después, pueden resultar confusos ya que las sospechas sobre la comisión de la infracción de mera estancia irregular concurren siempre con la comisión de otros ilícitos. En efecto, en ocasiones, la sospecha independiente sirve sólo de justificación válida para la prolongación de la restricción de la libertad, más allá del propósito inicial de sancionar la infracción de tráfico, a los efectos de llevar a cabo diligencias adicionales. Esas actividades indagatorias adicionales relevan, en ocasiones, la comisión de otro ilícito, común (tráfico de drogas como en *Santana-García*) o de extranjería (transporte de inmigrantes irregulares como en *Salinas-Calderon*). Técnicamente, todos ellos plantean, en cambio, la misma cuestión y ofrecen la misma solución. La existencia de ‘causa probable’ o ‘sospecha razonable’ de que una persona determinada se encuentra irregularmente en el país (simple infracción administrativa), podría autónomamente justificar, *per se*, la restricción de la libertad del particular para

<sup>61</sup> *Id.*, p. 1194.

<sup>62</sup> *Id.* Algo que, nuevamente, no se produce en el caso de la legislación de Utah que, al igual que la de Oklahoma que, permite detener por cualquier “public offense,” Utah Code § 77-7-2, lo que, según el tribunal, debe interpretarse en sentido habilitante de la detención por infracciones federales.

<sup>63</sup> Por el *10th Circuit*, p. ej., en *United States v. Hernandez-Dominguez*, WL 13278 (10th Cir.2001) y *United States v. Favela-Favela*, WL 532416 (10th Cir.2001). El *8th Circuit*, en *United States v. Rodríguez Arreola*, 270 F.3d 611 (8th Cir.2001).

También el *1st Circuit*, que ofrece un ejemplo muy ilustrativo de la doctrina en *Estrada v. Rhode Island*, 594 F.3d 56 (1st Cir. 2010). Un agente de la policía de carretera de Rhode Island intercepta un minibús en la autovía por no señalizar un cambio de carril. El conductor presenta su permiso de conducir, los documentos de matriculación y seguros obligatorios del vehículo. Explica al agente que el vehículo es de propiedad de su esposa y que su intención era conducir hasta complejo industrial situado en las cercanías, donde se encontraba su lugar de trabajo, así como el del resto de pasajeros. El agente entonces comienza a solicitar a estos que se identifiquen, pero sólo alguno de ellos es capaz de presentar al agente algún documento. Ninguno de ellos habla inglés y es el conductor el que tiene que hacer de intérprete. El agente les requiere entonces documentación que acredite su ciudadanía estadounidense, pero ninguno de ellos lo hace, tras lo cual pregunta directamente al conductor, Estrada y a su copiloto, si son legales, a lo que responden que ni ellos ni el resto de pasajeros lo son. El agente tras comprobar la validez de los documentos del conductor y del vehículo, y que todo está en orden, decide ponerse en contacto con el ICE, y tras ello, detener a los ocupantes del minibús escoltándolos hasta las oficinas provinciales de la administración federal de inmigración. *Id.*, pp. 59-62. El tribunal reitera la validez de los requerimientos de identificación y de las preguntas sobre la situación administrativa de extranjería durante la intercepción (ver *infra* en el texto principal) y, lo que es más importante ahora, consideró que existía “causa probable para justificar la conclusión de que los ocupantes del minibús habían cometido una infracción de extranjería,” *Id.*, pp. 64-65.

llevar a cabo las diligencias de investigación precisas que confirmen o desmientan las sospechas existentes, o la detención y puesta bajo custodia policial.<sup>64</sup>

### 3. El Dictamen del *Office of the Legal Counsel* de 2002

LA CONFIRMACIÓN DEFINITIVA de que una nueva postura se estaba abriendo camino fue la elaboración por el OLC en 2002, en plena vorágine tras los atentados del 11-S, de un nuevo dictamen<sup>65</sup> en el que daba un completo giro a la postura que había defendido en 1996. Tras desacreditar el memorándum de 1996 al considerar que la jurisprudencia entonces aludida no tenía suficiente peso para soportar una conclusión como la entonces sostenida en el sentido de excluir el poder para aplicar el régimen administrativo de extranjería,<sup>66</sup> expone su nuevo criterio, según el cual el ordenamiento federal no presenta ningún impedimento para que la policía estatal y local pudiera efectuar detenciones por la mera situación administrativa irregular del extranjero. Puesto que los Estados son “entidades soberanas” (y los municipios son meras extensiones de su organización administrativa), los agentes estatales y locales no requieren de una delegación expresa para perseguir infracciones contenidas en la legislación federal.

Enlazando con la apelación a la naturaleza soberana de los Estados, el documento afirma que el “poder para detener es inherente a la facultad que ostenta un ente soberano para tener en cuenta los intereses de otro.” Lo explica con un chocante ejemplo: “en la misma medida en que un policía de Canadá no ejerce

<sup>64</sup> La anatomía de los asuntos, puede resumirse de esta forma: A. El agente observa (‘causa probable’) o tiene sospechas razonables de que un conductor ha cometido una infracción de tráfico. – B. El agente intercepta el vehículo con motivo de esta infracción y para sancionarla. – C. En el curso de las actuaciones para sancionar la infracción de tráfico, adquiere la sospecha de que está ante un extranjero que se encuentra irregularmente en Estados Unidos. – D. Puesto que los Estados pueden perseguir infracciones del régimen administrativo de extranjería, el agente prolonga la retención del particular para proseguir otras diligencias indagatorias, como resultado de las cuales: 1. Puede confirmarse una ‘causa probable’ de la comisión de una infracción, administrativa o penal, de extranjería. 2. Puede formarse la sospecha de la comisión de otro delito común (p. ej., tráfico de drogas). – F. En todo caso, la detención por cualquiera los delitos descubiertos tras la intercepción, es válida. – G. Practicada la detención, si se trata de un delito común tipificado en el derecho penal estatal, podrá perseguirse por el aparato burocrático del Estado, pero si la detención se ha efectuado por una infracción de extranjería, deberá remitirse a las autoridades federales.

<sup>65</sup> Opinion of Office of Legal Counsel, Department of Justice, “Non-preemption of the Authority of State and Local Law Enforcement Officials to Arrest Aliens for Immigration Violations,” 3 de abril de 2002. Original disponible en [aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/ACF27DA.pdf](http://aclu.org/sites/default/files/FilesPDFs/ACF27DA.pdf) [Memorandum OLC 2002]

<sup>66</sup> En concreto, la limitación de las facultades policiales a las infracciones penales hecha en *Gonzales*, se considera ahora “un mero argumento hecho *obiter dictum*.” *Id.*, p. 7.

poderes delegados cuando detiene a quien ha violado una ley de los Estados Unidos y lo entrega a sus autoridades, la policía estatal no necesita de delegación alguna cuando efectúa detenciones por infracciones de la ley federal.” El argumento manejado por el DOJ de que la autoridad de los Estados para aplicar las leyes de extranjería deriva de su estatus como entidades soberanas, se ha interpretado por algunos autores como un intento de huida de los problemas jurídico-constitucionales que la jurisprudencia examinada plantea: si los Estados tienen una autoridad inherente, no es necesario discernir la intención del legislador federal, soslayando así el debate sobre la preención del poder estatal. Adicionalmente, puesto que el poder es inherente y deriva de la soberanía estatal, no sería tampoco necesario una acción formal del legislador o del ejecutivo subfederal.<sup>67</sup> La primera de las afirmaciones debe ser matizada.

Si la fuente de ese poder inherente se encuentra radicada en la soberanía estatal y en términos funcionales se justifica como parte del ‘poder histórico de policía’ de los Estados, se trataría de un poder reservado que los Estados pueden ejercer salvo que lo prohíba expresamente la Constitución (cosa que, creemos, no hace) o *hayan quedado desplazados por una versión especialmente potente del poder preentivo de la legislación federal*. Este es el matiz con el que debe contarse. En efecto, el dictamen del OLC no niega en ningún momento, que el poder inherente a los Estados para detener por infracciones del derecho federal está sujeto al poder preentivo del legislador.<sup>68</sup> Sin embargo, apelando al propósito cooperativo con las autoridades federales que tiene la actuación de los Estados cuando aplican el derecho federal de extranjería, concluye que “debe *presumirse* que el derecho federal no excluye el poder para detener” (presunción en contra de la preención). La preención del poder estatal para perseguir infracciones tipificadas en la legislación federal tiene una naturaleza “extremadamente limitada e inusual.” Al contrario de lo que sucede en el escenario típico en el que funciona la preención, que es de conflicto normativo, “la cuestión que aquí se plantea es la de si los Estados pueden *asistir* a la administración federal, deteniendo a aquellos extranjeros que hayan infringido la ley federal, a los efectos de entregarlos a las autoridades federales.”<sup>69</sup> No sería razonable inferir, entiende el memorándum, que la intención del legislador federal fue la de negarse a sí mismo cualquier ayuda que los Estados puedan prestarle para que se cumplan las normas por él aprobadas.

No debe despreciarse la relevancia de los dictámenes del *Office of the Legal Counsel*, principal intérprete del derecho dentro del poder ejecutivo y una influ-

<sup>67</sup> Pham, “The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position”, pp. 986-87.

<sup>68</sup> Memorandum OLC 2002, pp. 1, 3 y 13.

<sup>69</sup> *Id.*, pp. 7-8.

yente fuente de autoridad jurídica incluso en ámbitos fuera del control de los tribunales. Formalmente las opiniones del OLC no son vinculantes, pero una larga tradición indica que son tratadas *como si fueran* obligatorias y que el Presidente raramente se aparta de ellas aunque, por supuesto, conserve el poder para dejarlas sin efecto y actuar en sentido diferente.<sup>70</sup> El OLC puede proporcionar protección frente a las acciones que se emprendan contra quienes han actuado de conformidad con un dictamen, incluso aunque se demuestre infundado.<sup>71</sup> A día de hoy, sin embargo, la supervivencia del Dictamen de 2002 está más que en entredicho, tras la sentencia del Tribunal Supremo en *Arizona v. United States*. Vamos con ello inmediatamente.

#### **D.El poder inherente a los Estados para detener por infracciones federales tras *Arizona v. United States***

Hasta el año 2010, los Estados y municipios que colaboraban en la aplicación del régimen federal de extranjería lo hacían de manera informal, sin sanción legal expresa en el ordenamiento estatal o local ni, en la mayor parte de los casos (excepción hecha de los acuerdos de la sec. 1357(g)), mediando una mínima formalización con las autoridades federales. El poder de los Estados para cooperar en la ejecución del derecho federal de extranjería o bien se basaba en la aceptación voluntaria de la invitación hecha por el gobierno o el legislador federales o bien se reivindicaba como un poder inherente, innato, que *no precisaba acción expresa por parte del poder normativo subfederal*. En este último, sólo de manera indirecta, como hemos visto, la regulación que se hacía por los Estados del proceso penal, y en especial de las facultades de las fuerzas de orden público para ‘detener’ sin previa orden judicial, podía modular el alcance de una cooperación independiente en la persecución de las infracciones de extranjería. La ley de Arizona, sin embargo, da un paso más, al autorizar expresamente a la policía estatal y local para detener, sin orden judicial, cuando exista causa probable de que una

<sup>70</sup> Morrison, “Libya, Hostilities, the Office of Legal Counsel, and the Process of Executive Branch Legal Interpretation,” p. 73.

<sup>71</sup> Messinger, “Transparency and the Office of Legal Counsel,” p. 246. No obstante, Chandler, “Why Is the Policeman Asking for My Visa?,” pp. 219-20, considera que el valor del Dictamen del OLC de 2002 es cuestionable por razones formales, ya que, a pesar de las reclamaciones judiciales al respecto, no ha sido reproducido de conformidad con las exigencias de la *Freedom of Information Act* ni, por supuesto, ha sido se transformado en una norma de rango reglamentario.

persona ha cometido un delito que lleva aparejada la medida administrativa de expulsión.<sup>72</sup>

## 1. La sección 6 de la SB 1070 de Arizona y la respuesta de los tribunales federales inferiores

COMO OCURRE EN todos los ordenamientos, y ya hemos tenido ocasión de señalar, los agentes de la autoridad pueden efectuar detenciones sin necesidad de previa autorización judicial en determinadas circunstancias que, en el derecho norteamericano precisa el ordenamiento de cada Estado. Pues bien, Arizona ya reconocía, al tiempo de la aprobación de la SB 1070, la autoridad de sus agentes para practicar detenciones sin previa orden judicial por delitos graves, menos graves o leves siempre que existiera causa probable<sup>73</sup> e igualmente los tribunales estatales venían reconociendo desde 1954 que los agentes de la autoridad ostentaban una facultad general para efectuar detenciones por delitos federales.<sup>74</sup> Incluso desde el punto de vista estrictamente relacionado con la persecución de los delitos de extranjería, el *9th Circuit*, al que pertenece Arizona, ya había reconocido la autoridad de los agentes estatales y locales en *Gonzales*. Podía, pues, hacerse una lectura limitada de la sec. 6 SB 1070 y entender que no ampliaba las facultades que la policía estatal ya ostentaba y que se trataba, por tanto, de un precepto redundante.<sup>75</sup> No fue esa, sin embargo, la interpretación que hicieron los tribunales federales al conocer del recurso presentado por el gobierno federal. En efecto, ya el *US District Court* en primera instancia desentraña el verdadero significado del precepto: permitir la detención no de quienes hayan cometido un delito *in genere*, sino de aquellos extranjeros que hayan sido condenados por la comisión de un delito (hayan cumplido o no condena en el Estado) que lleve aparejada, según

<sup>72</sup> La sec. 6 de la SB 1070 modifica la § 13-3883 Arizona Revised Statutes para añadir un nuevo supuesto en que puede practicarse una detención sin orden judicial: “A peace officer, without a warrant, may arrest a person if the officer has probable cause to believe ... that the person to be arrested has committed any public offense that makes the person removable from the United States.”

<sup>73</sup> Arizona Revised Statutes, § 13-3883(A)(1) a (4).

<sup>74</sup> Chin et al., “A Legal Labyrinth,” pp. 62-3.

<sup>75</sup> Así se interpretó en el manual que los policías de Arizona recibieron para poder comprender sus obligaciones a la luz de la nueva normativa. Ver “Implementation of the 2010 Ariz. Immigration Laws. Statutory Provisions for Peace Officers”, p. 11 fechado en junio de 2010 (“this does not appear to change Arizona law”). Disponible en <http://agency.azpost.gov/supporting-docs/ArizonaImmigration>.

la legislación federal de extranjería, su expulsión como consecuencia *administrativa* accesoria.<sup>76</sup> Dicho de otra manera, de forma un tanto intrincada, lo que Arizona está autorizando es la persecución no de un determinado tipo de delitos, que la policía estatal y local ya podían perseguir antes, sino de una determinada categoría de extranjeros, aquellos que se encuentran en una situación administrativa que permite su expulsión, a la que han llegado, he ahí donde engancha el derecho estatal, por la comisión de determinados delitos. En definitiva, el ordenamiento estatal está reconociendo expresamente un poder para aplicar directamente el régimen *administrativo* de extranjería.

El *US District Court* había centrado su atención, de una parte, en los perjuicios que la sec. 6 podía tener para los residentes legales y, de otra, en la complejidad que puede presentar determinar cuándo una conducta delictiva común lleva a aparejada la medida administrativa de expulsión, función por ello encomendada en exclusiva a la administración y a los jueces federales.<sup>77</sup> En cambio, el *9th Circuit* articula la cuestión planteada en términos estrictamente competenciales: “resolver si el derecho federal excluye (*preempt*) el poder de Arizona para permitir que sus agentes efectúen detenciones sin previa orden judicial cuando concurre causa probable de que un extranjero se encuentra en una circunstancia en que puede ser expulsado.” El tribunal concluye que la sec. 6 interfiere con el marco *legal* exhaustivo y cuidadosamente calibrado por el legislador para adoptar y ejecutar decisiones administrativas de expulsión, y que ha autorizado expresamente a la policía local y estatal para que apliquen el régimen *administrativo* de extranjería pero en circunstancias mucho más limitadas que las permitidas por la ley de Arizona. El tribunal niega así, categóricamente, la existencia de un poder inherente en los Estados para participar en la ejecución de la expulsión *administrativa* de extranjeros, sin una autorización federal expresa. Para llegar a esta conclusión, el tribunal desciende a las minucias de la normativa federal, para averiguar cuál es la voluntad del legislador. Un ejemplo típico, por tanto, de un análisis de compatibilidad internormativa alejado de rígidas consideraciones sobre categorías competenciales prefijadas constitucionalmente.

Analiza, en primer lugar, la sec. 1252c INA 8, que permite la detención de aquellos extranjeros que hayan sido condenados por un delito grave pero que,

<sup>76</sup> United States v. Arizona (*Arizona I*), 703 F.Supp.2d, 980 (D.Ariz. 2010), pp. 1005 (sec. 6 “provides for the warrantless arrest of a person where there is probable cause to believe the person committed a crime in another state that would be considered a crime if it had been committed in Arizona and that would subject the person to removal from the United States... provide[s] for the warrantless arrest of an alien who was previously convicted of a crime in Arizona but never referred to DHS for potential removal proceedings”). En sentido similar United States v. Arizona (*Arizona II*) 641 F.3d 339 (9th Cir.2010), p. 361.

<sup>77</sup> *Arizona I*, 703 F.Supp.2d, pp. 1005-06.



además, hubieran vuelto a entrar ilegalmente en el país tras una previa expulsión, para concluir que la sec. 6 es incompatible con la voluntad del legislador porque autoriza unas facultades aplicativas en relación con las disposiciones administrativas de extranjería que son mucho más amplias que las consideradas en la sec. 1252c.<sup>78</sup> En clara contradicción con la conclusión a la que había llegado el *10th Circuit* en *Vasquez-Álvarez*, que el tribunal califica de “carente de sentido,” “la sec. 1252c pretendía reconocer a los agentes estatales facultades para ayudar en la ejecución de la normativa de extranjería, porque el legislador federal consideraba que carecían de toda autoridad para ello.”<sup>79</sup> Igualmente entiende que la sec. 1357(g)(10), que se refiere a la cooperación estatal y local en ausencia de un acuerdo formalizado, “ni atribuye, ni asume como preexistente, un poder inherente a los Estados para ejecutar las disposiciones administrativas de extranjería sin supervisión federal” y otra interpretación haría superfluos, según el tribunal, las habilitaciones contenidas la propia sec. 1357(g) y en la sec. 1252c.<sup>80</sup> El tribunal completa su razonamiento, para fundar el efecto preentivo de la legislación federal, aludiendo a la “la interferencia que la sec. 6 produce en las prerrogativas de

<sup>78</sup> Vemos un problema con esta interpretación que, por otra parte, ha sostenido algún que otro tribunal; *p. ej.*, *Buquer v. City of Indianapolis*, 797 F.Supp.2d 905 (S.D.Ind. 2011), p. 920. La autorización de la sec. 1252c no se refiere a un supuesto de aplicación de una disposición de naturaleza administrativa, sino a un *delito* de extranjería. En ningún caso la sec. 1252c permite detener a un delincuente extranjero que se encuentre en situación de ser expulsado como consecuencia del delito que ha cometido (lo que sin duda comportaría una habilitación para aplicar el régimen *administrativo* federal de extranjería) sino tan sólo a aquel que, habiendo sido condenado *y* expulsado, volviera a entrar en el país, nueva conducta que constituye un *delito especial propio* de extranjería. Por tanto, creemos que no es un supuesto apropiado para desentrañar la voluntad del legislador de impedir o no una legislación como la de Arizona que sí que extiende las facultades aplicativas estatales a las disposiciones administrativas federales que regulan la expulsión. La Sección 1252c lidia exclusivamente con la represión de una infracción *penal* del sistema federal de extranjería, y no parece prejuzgar nada acerca de las facultades ejecutivas estatales en relación con las infracciones *administrativas* federales.

Prueba de que la interpretación sostenida por el *9th Circuit* puede estar errada es que el Tribunal Supremo, aunque también invalida la sec. 6 de la SB 1070 de Arizona, lo hace sin emplear para nada en su batería de argumentos la sec. § 1252c ni sus implicaciones para el poder estatal. Otros tribunales inferiores han entendido el precepto correctamente. Ver *p. ej.*, *United States v. Alabama (Alabama I)*, 813 F.Supp.2d 1282 (M.D.Ala. 2011), p. 1320 (“*in the criminal context*, state and local law enforcement are specifically authorized to arrest aliens who are unlawfully present in the United States and who have previously left the country or were deported after being convicted of a felony, 8 U.S.C. § 1252c, and to make arrests for violations of federal smuggling and harboring laws, 8 U.S.C. § 1324(c),” énfasis añadido) y *Georgia Latino Alliance for Human Rights v. Deal*, 793 F.Supp.2d 1317 (N.D.Ga. 2011), p. 1331 (“[§ 1252c] does not authorize local law enforcement to detain individuals for mere illegal presence in the United States.”).

<sup>79</sup> *Arizona II*, 641 F.3d, p. 364. Años antes, en la doctrina ya había defendido esta postura, empleando igual razonamiento en cuanto a la sec. 1252c, *p. ej.*, Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” pp. 1093-94.

<sup>80</sup> *Arizona II*, 641 F.3d, p. 365.

la administración federal para tomar decisiones relativas a la expulsión de extranjeros y establecer prioridades con respecto a la aplicación de las consecuencias administrativas” de la inmigración irregular y a los efectos perjudiciales sobre la política exterior nacional.

Uno de los tres jueces, el juez Carlos Bea,<sup>81</sup> que formaban el tribunal formula un voto particular discrepante con el de la mayoría, avalando la constitucionalidad de la sec. 6. Centra su crítica a la sentencia en la afirmación de que los Estados y municipios carecen, por obra del legislador federal, de un poder general para aplicar el régimen administrativo sancionador de la INA y lo hace desacreditando el criterio expresado, *obiter dictum*, en *Gonzales* y acudiendo a la línea jurisprudencial (producida fuera del derecho de extranjería) más arriba expuesta que parece admitir la existencia de un poder en manos de los agentes estatales y locales para efectuar detenciones por infracciones del derecho federal, en las cuales el juez incluye las infracciones de extranjería *en su integridad*.<sup>82</sup> En cuanto a la sec. 1252c USC 8, el juez Bea sigue fielmente la interpretación del precepto que el *10th Circuit* hizo en *Vasquez-Alvarez*: “no puedo concluir que fuera intención del legislador hacer de la sec. 1252c la última frontera de las facultades de los agentes estatales para detener inmigrantes ilegales.” De igual forma, no ve mayor problema en que el poder de los agentes estatales y locales para efectuar detenciones por infracciones de extranjería pueda, en ocasiones, ser más amplio que el de los agentes federales.<sup>83</sup> Igualmente, al contrario que la mayoría, el juez disidente interpreta la sec. 1357(g)(10) USC 8 como un reflejo de la intención del legislador federal de reconocer que la policía local y estatal puede asistir en la aplicación material tanto del régimen *administrativo* como penal contenido en la INA, incluso en ausencia de un acuerdo formal de los regulados en los nos. (1) a (9) de la misma sección.<sup>84</sup>

## 2. La sentencia del Tribunal Supremo

EL TRIBUNAL SUPREMO tendrá que ocuparse de la sec. 6 en *Arizona v. United States*<sup>85</sup> y, en contra de lo que habían sostenido algunos autores, el *Memorandum*

<sup>81</sup> Por cierto, de origen español (nacido en San Sebastián, de padres cubanos, en 1934) y nombrado juez federal por el Presidente George W. Bush en 2003. [http://www.ce9.uscourts.gov/xtemplate\\_bio\\_record.asp?a=1&z=1](http://www.ce9.uscourts.gov/xtemplate_bio_record.asp?a=1&z=1).

<sup>82</sup> *Id.*, pp. 384-87.

<sup>83</sup> *Id.*, pp. 387-89.

<sup>84</sup> *Id.*, pp. 389-90.

<sup>85</sup> 132 S.Ct. 2492 (2012).

del *Office of the Legal Counsel* de 2002 y el *10th Circuit Court of Appeals*, se inclina por negar, ante la defensa hecha por Arizona en su recurso,<sup>86</sup> la existencia de un poder inherente a los Estados para aplicar el régimen *administrativo* de extranjería. Veámoslo.

El Tribunal, aun considerando que la sec. 6 no impone ninguna obligación a los agentes estatales y locales sino que amplía sus facultad para efectuar detenciones, considera que constituye “un obstáculo para la realización de los propósitos y objetivos del Congreso,” utilizando así un lenguaje que remite al efecto preentivo de la legislación federal y anunciando un razonamiento que, en principio, parece va a basarse exclusivamente en un examen de los detalles normativos (veremos que sólo en parte es así). El ordenamiento federal “especifica las circunstancias concretas en las que un agente estatal puede desempeñar las funciones de un agente federal de inmigración,” bajo la dirección y supervisión del *Attorney General*” (ahora, en realidad, del *Department of Homeland Security*).<sup>87</sup> El Tribunal relaciona, precisamente, los cuatro supuestos que hemos estudiado en el capítulo anterior en los que se permite una delegación expresa de competencias de ejecución (acuerdos formales de cooperación de acuerdo con la sec. 287(g), en caso de una afluencia masiva de extranjeros; autoridad para detener por el delito de nueva entrada en determinadas circunstancias y, significativamente, previa consulta con la administración federal, y por el delito de auxilio a la entrada y ocultación de inmigrantes irregulares). La sentencia pone el acento en las complejidades significativas que presenta el ordenamiento federal de extranjería, entre las que se incluye la de determinar si un extranjero puede o no ser expulsado y destaca que las modalidades formalizadas de cooperación en la ejecución del régimen administrativo de extranjería exigen siempre que los agentes estatales o locales designados “reciban el entrenamiento y la formación adecuadas para desempeñar las funciones” delegadas.<sup>88</sup> La catalogación y caracterización que hace el Tribunal de las formas de cooperación permitidas es importante, ya que parece con ello descartarse el argumento de que se trata de simples manifestaciones o extensiones de un poder más amplio no especificado e ‘inherente’ a los Estados que permite a las autoridades subfederales actuar sin mediar autorización federal, como había hecho el *Memorandum* de 2002. Por el contrario parece claramente indicarse en la sentencia que el derecho federal especifica el papel que pueden desempeñar las autoridades estatales en la aplicación del ordenamiento de extranjería y restringe cualquier otro rol que no cuente con el amparo del legislador federal. Aunque el Tribunal reconoce que la sec. 1357(g)(10) per-

<sup>86</sup> Brief for Petitioners, *Arizona v. United States*, pp. 41-42.

<sup>87</sup> *Arizona*, 132 S.Ct. p. 2506.

<sup>88</sup> *Id.*

mite a los estados cooperar con la administración federal en la identificación, captura y detención de extranjeros que puedan ser expulsados, incluso en ausencia de una acuerdo expreso, hace una lectura muy limitada de qué puede entenderse por ‘cooperación,’ para concluir que “ninguna interpretación coherente del término” permitiría a los agentes estatales tomar “unilateralmente la decisión” de detener a un extranjero “en ausencia de solicitud, aprobación, u otra instrucción” por parte de la administración federal.<sup>89</sup> El tribunal menciona a propósito un último Memorándum del *Department of Homeland Security* sobre en la que ejemplifica supuestos que encajarían en la noción de ‘cooperación’ prevista en la legislación federal. Importante, aunque no lo recoja ya la sentencia, en ese documento se define la cooperación a estos efectos como la “asistencia prestada por los agentes locales y estatales ... en términos tales que puede ajustarse a las políticas y prioridades del DHS y garantiza que los agentes, individualmente considerados, permanecen en todo momento receptivos a la dirección y orientación de los agentes federales.”<sup>90</sup>

Continuando en los estrechos márgenes del marco normativo federal, el Tribunal considera como otro elemento revelador del efecto preentivo que tiene el ordenamiento federal sobre la sec. 6 las limitaciones que en aquel se reconocen a las facultades de los agentes federales para practicar detenciones por infracciones de extranjería. La legislación federal permite a los agentes federales de inmigración llevar a cabo detenciones de extranjeros, a pesar de estar preparados para ello, sólo en circunstancias concretas, y especifica, además, en qué supuestos excepcionales puede practicarse la detención sin orden judicial o administrativa previa.<sup>91</sup> Asimismo, se especifica taxativamente qué autoridades pueden expedir y cumplir una orden administrativa de detención (*arrest warrant*).<sup>92</sup> Normalmente el procedimiento de expulsión, recuerda el Tribunal, se inicia mediante

<sup>89</sup> *Id.*, p. 2507.

<sup>90</sup> U.S. Department of Homeland Security, *Guidance on State and Local Governments’ Assistance in Immigration Enforcement and Related Matters* (Washington DC, 2011), p. 8.

<sup>91</sup> La legislación federal permite, como excepción y al igual que ocurre en el ámbito penal, la práctica de detenciones *sin orden previa* (*warrantless arrest*), cuando un agente tenga “razones para creer” que un extranjero ha cometido una infracción administrativa o un delito de extranjería y exista probabilidad de que escape antes de que se obtenga una orden (Sec. 1357(a)(1) y (4) USC 8, que también permiten detener al extranjero que, *in fraganti*, es descubierto entrando o intentando entrar ilegalmente en los Estados Unidos.).

<sup>92</sup> La enorme preeminencia que posee la administración en materia de inmigración lleva consigo que se puedan efectuar detenciones de extranjeros, sin intervención judicial alguna, incoado el procedimiento de expulsión, en virtud de una ‘orden administrativa de detención’ (*administrative warrant of arrest*), que se puede dictar por determinadas *autoridades de la administración federal* (Sec. 1226(a) USC 8). Las secs. 287.5(e)(2) y (3) CFR 8 especifican, respectivamente, qué autoridades pueden dictar la orden y cuales ejecutarla, previa delegación o autorización. Téngase en cuenta que la sec. 1226(c) USC 8 impone la detención de extranjeros que han cometido determinados delitos.

También podrá llevarse a efecto la detención una vez firme la ‘decisión (administrativa) de retorno’ (*order of removal*), ya que esta puede servir de base para la adopción de una ‘orden

una *Notice to Appear* (y no mediante una detención sin previa orden), en la que se informa al interesado sobre la incoación del procedimiento y por la que se le conmina a personarse en él recordándole las consecuencias de no hacerlo. Las restricciones que se imponen a las autoridades federales a la hora de efectuar una detención limitan no sólo sus actuaciones sino también cualquier actividad de ejecución en materia de inmigración y operan como parámetros con efecto de desplazar las facultades que, en la materia, se pretendan reconocer a las autoridades estatales y locales. Ello parece contradecir, señala el juez Alito en su voto discrepante, lo que había venido sosteniendo el Tribunal Supremo cuando remitía al derecho estatal los supuestos en que las fuerzas policiales (estatales y locales) puede practicar legalmente una detención sin orden previa.<sup>93</sup> Para la mayoría que suscribe la sentencia, la sec. 6 pretende garantizar a la policía estatal y local unas facultades más amplias para practicar detenciones sin orden previa que las que se reconocen en la legislación federal a los agentes de inmigración. Unas facultades, además que podrían ejercer al margen de la administración federal, sin atenerse a las prioridades establecidas para perseguir determinadas categorías de extranjeros y no otras.

El Tribunal concede un peso importante en su razonamiento, en mayor medida que el *9th Circuit Court of Appeals*, al efecto preentivo de los poderes estatales que tiene, no ya el marco jurídico elaborado por el legislador, sino las facultades discrecionales que posee el gobierno y la administración federales en la aplicación de la legislación sobre inmigración y, en particular en la determinación e implementación de las prioridades para decidir qué parte de los extranjeros a los que el legislador pone en situación de ser expulsados, van a serlo efectivamente. Así, concluye el Tribunal, “al reconocer a los agentes estatales el poder para decidir si un extranjero va a ser detenido por el mero hecho de encontrarse en una situación administrativa que permite su expulsión, se está violando el principio de que el procedimiento de retorno *se encomienda a la discrecionalidad de la administración federal*.”<sup>94</sup> No obstante, sabemos ya que las facultades reconocidas a los agentes estatales y locales lo son sólo a los efectos de que el extranjero sea detenido y puesto a disposición de las autoridades federales. Son estas últimas quienes deben decidir si iniciar o no un procedimiento de expulsión o si, una vez incoado, procede llevarlo hasta su fin o, en su caso, acordar su suspensión o terminación anticipada sin expulsión. Parecería, por ello, que el procedimiento de

de expulsión’ (*warrant of removal*), la cual autoriza la adopción de cuantas medidas coactivas sean necesarias para llevar a cabo la expulsión del extranjero, incluida su detención, si aún no se había practicado, e internamiento (Sec. 241.2 CFR 8).

<sup>93</sup> *Arizona*, 132 S.Ct. pp. 2534-35.

<sup>94</sup> *Id.*, p. 2507 énfasis añadido.

expulsión permanece *bajo el control* de la administración federal, como defieren los jueces Scalia y Alito en sus votos particulares.<sup>95</sup> Pero incluso una mera colaboración inicial en el procedimiento, muy lejos todavía de la adopción de decisión alguna sobre la procedencia de la expulsión o de la imposición de una sanción por cualquier infracción de extranjería que pudiera haberse cometido, so-caba el poder discrecional ejercido por las autoridades federales de inmigración. Sabemos ya que una cosa es reconocer que el ejecutivo y la administración federales gozan de una discrecionalidad constitucionalmente amparada para ejecutar las normas aprobadas por el legislador y otra muy distinta el controvertido reconocimiento de que esa discrecionalidad puede tener efecto preentivo sobre los poderes estatales.<sup>96</sup>

Después de todo el esfuerzo invertido por el Tribunal en decantar un efecto preentivo a partir de la legislación federal, es intrigante leer el siguiente pasaje de la sentencia: “Una decisión sobre si procede la expulsión exige determinar si es apropiado permitir que un extranjero continúe viviendo en los Estado Unidos. Decisiones de esta naturales inciden en las relaciones exteriores y deben ser tomadas con una sola voz.”<sup>97</sup> Acompañando el texto con cita de jurisprudencia que destaca la *exclusividad* de la competencia federal en materia de extranjería. Veremos en breve qué puede querer decir este recurso a las categorías competenciales tras elaborar un argumento granular, centrado en el análisis de las específicas disposiciones del ordenamiento federal implicadas.

### 3. Poder inherente a los Estados y poder preentivo del legislador (y de la administración) según el Tribunal Supremo

Tras *Arizona*, parecen aclararse algunas de las cuestiones que venimos planteando en este capítulo. En primer término, queda en entredicho la existencia de un poder inherente a los Estados para la ejecución del régimen *administrativo* de extranjería. Puesto que la sentencia parece conceder peso decisivo en su razonamiento al poder preentivo ejercido por el legislador federal, quizá fuera más correcto afirmar que el tribunal no resuelve específicamente la cuestión de si existe o no un poder inherente en relación con la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, sino que se limita a concluir que tal poder se ha visto desplazado

<sup>95</sup> *Id.*, pp. 2516 y 2533, respectivamente.

<sup>96</sup> Ver Cap. I.

<sup>97</sup> *Id.*, pp. 2506-07: “A decision on removability requires a determination whether it is appropriate to allow a foreign national to continue living in the United States. Decisions of this nature touch on foreign relations and must be made with one voice.”

(*preempted*) por la acción del legislador federal. Al fin y al cabo, el propio memorándum del OLC de 2002 especificaba que los Estados tenían un poder inherente por encima y más allá de la explícita autorización “sólo sujeto a la preención federal.”<sup>98</sup> Esta última opinión más matizada es en apariencia también la más correcta. La argumentación del Tribunal está más apegada, en efecto, a una interpretación del alcance de las disposiciones pertinentes de la legislación federal que a un razonamiento, más propio de un modelo de federalismo dual, basado en la distribución categórica y apriorística de competencias que sí permitiría aducir, en su caso, que el poder inherente al Estado ni existe ni ha existido nunca. Sin embargo, también es problemática esta forma de entender la sentencia. Hemos expuesto en el capítulo primero, y hemos vuelto ahora a comprobarlo, cómo la sentencia, de forma criticable, coquetea con la exclusividad federal en materia de inmigración, con alusiones veladas a las implicaciones que para la política exterior podría tener la intervención de los Estados. Lo cierto es que, en apariencia, ello sólo parece tener un valor simbólico pues el Tribunal verdaderamente pone sus esfuerzos en analizar las minucias de la intrincada legislación federal para tratar de averiguar si el legislador tenía voluntad o no de excluir un poder adicional de los Estados para aplicar el régimen administrativo federal. Sin embargo, algo no encaja, y esas simbólicas apelaciones a nociones abstractas de exclusividad podrían haber tenido una influencia efectiva en la conclusión a la que llega el tribunal.

En efecto, como hemos dicho antes, la doctrina del poder ‘inherente’ fundamenta su existencia en principios vinculados a la soberanía estatal y al ‘poder de policía’ (*police power*) de los Estados. Como expusimos en el capítulo primero, cuando el legislador federal actúa en un ámbito que tradicionalmente ha pertenecido a la competencia de los Estados, se aplica una “presunción en contra de la preención” de los poderes estatales. Cuando están implicados los poderes residuales que los Estados tradicionalmente han ejercido no se consideran desplazado salvo que el legislador federal manifieste de forma clara y especialmente precisa su intención en sentido contrario. Sin embargo, hemos comprobado ya cómo no hay una prohibición clara y decisiva de la competencia estatal para perseguir infracciones de extranjería. Al contrario, el legislador invita expresamente a los Estados para que se impliquen, y los tribunales federales inferiores han ofrecido durante años interpretaciones contradictorias sobre si el ordenamiento federal excluye o permite una participación más allá de esas invitaciones expresas. En una situación así, si el poder inherente encuentra su fundamento en los poderes reservados a los Estados por la Constitución, poderes que el legislador sólo puede arrumbar cuando emplea de forma especialmente potente su poder preentivo (en especial, declarando *expresamente* que queda excluido todo poder estatal

<sup>98</sup> Memorandum OLC 2002, pp. 2-3.

concurrente en la materia), es claro que el Tribunal no podría haber encontrado en la legislación federal un efecto preentivo con la suficiente musculatura.<sup>99</sup>

Tras todo lo dicho, son posibles dos formas de entender el modo en el que, *sub silentio*, ha operado el tribunal. *Primero*, es posible que haya dado por hecho algo en lo que sí se detuvo mínimamente el *9th Circuit* en la sentencia recurrida, que “la detención de inmigrantes por infracciones administrativas no es un ‘ámbito de regulación que tradicionalmente hayan ocupado los Estados’ por lo que el punto de partida no puede ser una presunción en contra de la preención de la sec. 6.”<sup>100</sup> Por ello, basta una velada voluntad implícita del legislador federal, aun sin contar con una manifestaciones expresa, clara e inequívoca de su intención, para que pueda entenderse excluido el poder estatal en la materia. *Segundo*, es posible que el Tribunal mantenga dos discursos, uno aparente construido en torno a la búsqueda de la intención preentiva del legislador, y otro subyacente en el que se atribuye un peso específico a la interferencia que la actuación estatal tiene en una (supuesta) competencia exclusiva federal (y en la que el poder ejecutivo tiene un gran peso) en materia de relaciones exteriores. El análisis del efecto preentivo de las disposiciones federales estaría, por ello, adulterado, potenciado artificialmente por un interés federal preeminente en la materia que exige que “las decisiones... se tomen con una sola voz” permitiendo así que la intención del legislador de excluir el poder de los Estados pueda entenderse implícita en una regulación federal ciertamente anémica.

Más allá de estas elucubraciones teóricas, lo cierto es que, en cualquier caso, el legislador federal podría acabar con toda posible indefinición acerca de la distribución de las competencias de ejecución en materia de inmigración. Podría hacerlo, excluyendo expresamente y con suficiente claridad toda ejecución concurrente o, como ha intentado en varias ocasiones, sin éxito, en la última década, ampliando y consolidando el poder de los Estados para cooperar en la aplicación de la legislación de extranjería, reconociendo incluso expresamente la existencia de un “poder *inherente* a las fuerzas policiales estatales y locales para, en el curso del ejercicio rutinario de sus funciones, investigar, capturar o transferir a la custodia federal a extranjeros” con la finalidad de “asistir en la ejecución de las leyes de extranjería.”<sup>101</sup>

<sup>99</sup> En este sentido, tiene razón el juez Alito cuando, en su voto particular, rechaza que los supuestos en que media autorización federal “puedan interpretarse en el sentido de expresar una intención clara por parte del legislador de desplazar” los poderes residuales de los Estados en cualquier otra circunstancia. *Arizona*, 132 S.Ct. p. 2528.

<sup>100</sup> *Arizona II*, 641 F.3d, p. 361.

<sup>101</sup> *P. ej.*, Utilizando esta redacción, CLEAR Act of 2005, H.R.3137, 109th Congress (2005); CLEAR Act of 2007, H.R.842, 110th Congress (2007); CLEAR Act of 2011, H.R.100, 112th Congress (2011); Charlie Norwood CLEAR Act of 2007, H.R.3494, 110th Congress (2007); Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal Act of 2009, H.R.2406, 111th Congress (2009); CLEAR Act of 2013, H.R.2264, 113th Congress (2013-2014). Véanse también, *Illegal*



El mensaje de Arizona parece claro en relación con la participación de los Estados en la aplicación del régimen *administrativo* de extranjería: no es posible en ausencia de solicitud, aprobación, u otra instrucción de la administración federal. Técnicamente, ello implica que la sospecha de que una persona ha incurrido en una infracción administrativa del régimen de extranjería, no constituye, per se, ‘causa probable’ o ‘sospecha razonable’ de actividad ilícita que justifique o sirva de base a una restricción de la libertad o, en su caso, a una detención.<sup>102</sup>

Nada dice el Tribunal acerca del poder de los Estados para perseguir unilateralmente, sin autorización federal expresa, infracciones *penales* de extranjería. Algunos autores no han dudado en leer la sentencia en el sentido de poner en jaque la distinción entre régimen penal y administrativo de extranjería y de excluir también la existencia de un poder inherente para aplicar las disposiciones penales de la legislación federal.<sup>103</sup> La participación de los Estados en la persecución de los delitos de extranjería se limitaría a los supuestos expresamente autorizados por el legislador federal. Es especialmente significativo que el juez Alito, en su voto discrepante, dedique denodados esfuerzos a tratar de salvar el poder de los Estados para ejecutar las disposiciones penales mientras que guarda silencio sobre el poder en relación con el régimen administrativo que, al parecer, da por perdido. La cuestión, no obstante, no fue tratada por el Tribunal, que expresamente soslaya la cuestión,<sup>104</sup> y hay varios elementos que, creemos, avalarían el poder de los Estados para perseguir determinados delitos federales de extranjería: *primero*, hay una rica jurisprudencia que permite, en general, a los Estados, detener por la comisión de delitos federales, siempre que el derecho estatal no lo

Immigration Enforcement and Empowerment Act, S.1823, 109th Congress (2005); Accountability in Enforcing Immigration Laws Act of 2007, H.R.3531, 110th Congress (2007); Illegal Immigrant Deterrence and Public Safety Act of 2006, H.R.6089, 109th Congress (2006); Immigration Law Enforcement Act of 2006, H.R.6095, 109th Congress (2006); Effective Immigration Enforcement Partnerships Act of 2008, S.2717, 110th Congress (2008). Sobre una de las iniciativas, la Strengthen and Fortify Enforcement Act, H.R.2278, 113th Congress (2013-2014), véase Immigration Policy Center, *Cracking The Safe Act: Understanding the Impact and Context of H.R. 2278, the “Strengthen and Fortify Enforcement Act,”* (Washington DC, 2013).

Más recientemente, dos iniciativas están pendientes de tramitación en ambas cámaras. Se trata de la Michael Davis, Jr. in Honor of State and Local Law Enforcement Act, H.R.1148, 114<sup>th</sup> Congress (2015) y de la Michael Davis, Jr. and Danny Oliver in Honor of State and Local Law Enforcement Act, S.1640, 114<sup>th</sup> Congress (2015). Sobre ello, Cadman, *Analysis of the Senate Version of the Davis-Oliver Act*.

<sup>102</sup> En este sentido, aplicando *Arizona*, p. ej., *Melendres v. Arpaio*, 695 F.3d 990 (9th Cir.2012), pp. 1000-01; *Santos v. Frederick County Bd. Of Com’rs*, 725 F.3d 451 (4th Cir. 2013), p. 465; y *Buquer v. City of Indianapolis*, 2013 WL 1332158 (S.D.Ind. Mar. 28, 2013), pp. 10-11.

<sup>103</sup> P. ej., Guttentag, “Immigration Preemption and the Limits of State Power,” pp. 29-34, Lasch, “Preempting Immigration Detainer Enforcement under *Arizona v. United States*,” pp. 319-29.

<sup>104</sup> *Arizona*, 132 S.Ct. p. 2509 (“There is no need in this case to address whether reasonable suspicion of illegal entry or another immigration crime would be a legitimate basis for prolonging a detention, or whether this too would be preempted by federal law.”).

impida; *segundo*, debe tenerse en cuenta que dentro de los delitos de extranjería, junto a algunos muy específicos vinculados a una mera estancia irregular a la que se añaden elementos que conforman el tipo penal (como, p. ej., la entrada ilegal), hay otros que tienen una clara conexión con delitos comunes como el fraude documental o el tráfico de inmigrantes) que no justifican ser excluidos de ese poder general para participar en la ejecución del derecho federal.<sup>105</sup>

## **E. La ejecución incidental por los Estados del régimen sancionador de extranjería**

Hasta ahora hemos lidiado con lo que puede considerarse una ejecución material directa del marco sancionador federal por las administraciones estatales y locales. Hemos visto los enormes problemas que la estructura federal y, en particular, la densidad de la intervención de los poderes federales en la materia, crean a las facultades para detener por infracciones administrativas federales, e incluso las dudas que se han sembrado para algunos en cuando a la detención por delitos de extranjería. Ahora, en cambio, vamos a analizar la viabilidad que tienen otro tipo de actuaciones que implican, a lo sumo, una intervención incidental e indirecta en la ejecución.

<sup>105</sup> Dicho lo cual, la anatomía del poder de los agentes estatales para detener por infracciones de extranjería quedaría, tras *Arizona*, así:

i) Caso de sospecha inmediata – A. El agente tiene sospecha razonable: 1. De que un particular ha cometido una infracción *administrativa* de extranjería, pues es un inmigrante que se encuentra irregularmente en el país, el agente no puede interceptar y retener al particular para investigar; 2. De que un particular ha cometido una infracción *penal* de extranjería. – B. Intercepta y retiene al particular para practicar diligencias adicionales que le permitan resolver sus dudas. – C. Confirma la posible comisión del *delito* de extranjería, es decir se forma una ‘causa probable.’ – D. Detiene al particular por el *delito* de extranjería cometido.

ii) Caso de sospecha sobrevenida – A. El agente tiene sospecha razonable o causa probable para interceptar a un vehículo (o a un peatón) por una infracción (exceso de velocidad, cruzar la calle por lugar no habilitado) – B. Se intercepta al peatón o al vehículo y a sus ocupantes por la infracción. – C. En el curso de la intercepción y mientras se cumple con su propósito originario (sancionar la infracción observada o sospechada) se pregunta por la nacionalidad del particular y se comprueban sus antecedentes penales y órdenes de detención pendientes (y, por tanto, también las posibles infracciones de extranjería que hubiera cometido). – D. Las diligencias practicadas hace surgir la ‘sospecha razonable’ de que se ha cometido una infracción de extranjería: 1. Revela simplemente la posible comisión de una infracción *administrativa* (mera estancia irregular), el agente no puede prolongar la restricción de la libertad y, finalizado el propósito de la intercepción, sancionar la infracción, debe dejar abandonarse toda restricción de la libertad del particular; 2. Revela la posible comisión de un *delito* de extranjería (p. ej., entrada ilegal tras haber sido previamente expulsado, falsedad en los documentos de extranjería presentados al agente, transportar inmigrantes irregulares). – E. Puede prolongar la restricción de la libertad para llevar a cabo diligencias adicionales. – F. Se ha formado una causa probable de la comisión de un delito de extranjería y el agente detiene a los ocupantes del vehículo por el delito de extranjería cometido.

## 1. La importancia de la participación incidental en la ejecución

Aun cuando quede muy mermada la capacidad de las autoridades estatales y locales para investigar y perseguir directamente las infracciones de extranjería, como hemos tenido ocasión de apuntar ya la mayor influencia que las autoridades estatales y locales pueden ejercer sobre los procesos federales de aplicación del régimen sancionador de la inmigración irregular se produce en el curso de la aplicación ordinaria del Derecho sancionador (penal y administrativo) estatal. Las policías locales y estatales gozan de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de interceptar o detener a una persona aún por simples infracciones administrativas leves (como, por ejemplo, conducir con un piloto trasero del coche roto o montar en bicicleta por la acera). Si a estas interacciones que la policía tiene con la población en el desarrollo ordinario de sus funciones, se incorpora *ex lege* la posibilidad, o incluso la obligación, de que el funcionario estatal o local indague sobre el estatus migratorio del particular y de que se comuniquen con la administración federal de inmigración para llevar a cabo las comprobaciones oportunas, es claro que la decisión discrecional de interceptar o detener propician una ocasión para poner en marcha el funcionamiento del aparato burocrático federal.

En efecto, cuando se produce la comunicación con las agencias federales en relación con la verificación de la situación administrativa de extranjería de un particular, si bien aquellas aún tienen amplio margen de discrecionalidad para decidir qué destino dar al extranjero, si proceder o no a su expulsión, lo cierto es que ya hemos visto cómo la identificación de un inmigrante irregular influye decisivamente en la determinación de las prioridades a la hora de aplicar el derecho federal de extranjería. Por ello, aquellas administraciones subfederales que deseen una ejecución más agresiva de las leyes de extranjería tan sólo tienen que adoptar una política o una práctica de verificar regularmente la situación administrativa de quienes entran en contacto con la policía. En una sociedad hiperregulada (piénsese, por ejemplo, en la normativa sobre tráfico) las razones por las que un agente de policía puede tener una excusa perfectamente justificada para interceptar o incluso detener a una persona son casi inagotables, y si ese tipo de interacciones bastan para iniciar una indagatoria sobre su situación administrativa o su nacionalidad, la participación de las autoridades locales en esta forma de ejecución incidental de la normativa federal de extranjería cobra una inusitada importancia.<sup>106</sup> Pues bien, precisamente el propósito de la sec. 2(b) de la ley de Arizona es establecer una política o una práctica de esa naturaleza.

<sup>106</sup> Otra cosa es qué pueden hacer los agentes estatales y locales con la información obtenida: si lo que le revelan las respuestas es una sospecha de que el extranjero simplemente se encuentra en situación irregular, *Arizona* prohíbe la aplicación directa del régimen *administrativo* de extranjería y por tanto el agente estatal o local no podrá dar ningún paso adicional, es decir, no podrá ‘retener’ al particular para seguir investigando ni ‘detenerlo’ para ponerlo

## 2. La información sobre el estatus inmigratorio y la legislación federal

LO PRIMERO QUE debemos preguntarnos es si el derecho federal tiene algo que decir sobre este tipo de indagaciones en la ciudadanía o situación administrativa de los particulares. Consciente del déficit de información que padece la administración federal a la hora de perseguir la inmigración clandestina, las reformas de 1996 en la legislación de extranjería trataron de facilitar y promover el flujo de información desde y hacia las agencias estatales y locales. Así, en primer término, se trató de poner límite a las prácticas que habían proliferado en muchas entidades locales (y algún estado) de limitar la cooperación con las autoridades federales en la identificación de inmigrantes irregulares, restringiendo la posibilidad de que las agencias estatales o locales pudieran conservar información relativa a la situación administrativa de los extranjeros o directamente prohibiendo el intercambio de esa información con otras administraciones.<sup>107</sup> Al tiempo, aun cuando se tratase de administraciones que no hubieran suscrito un acuerdo formal con las autoridades federales conforme a la sec. 1357(g), el apartado décimo de esa sección permite que cualquier empleado pueda “comunicarse” con ellas “en relación con la situación administrativa de extranjería de una persona” incluyendo la posibilidad de “informar sobre todo extranjero del que se sepa que no se encuentra legalmente en el país.”<sup>108</sup>

Por si la voluntad del legislador no estuviera clara, en una disposición introducida también en 1996 se impone a la administración federal la obligación de “responder a cualquier solicitud de información hecha por una agencia o administración federal, estatal o local en orden a determinar o verificar la situación administrativa de extranjería o la ciudadanía” de una persona.<sup>109</sup> Para atender este mandato, que puede entenderse no es precisamente ligera, la administración federal de inmigración había creado en 1994 el llamado *Law Enforcement Support Center* (LESC), un centro de intercambio de información con sede en Vermont que funciona 24 hs, todos los días del año encargado precisamente de atender a las agencias policiales en relación con la obtención de información sobre el

bajo su custodia; si lo que revelan las respuestas voluntarias y libres del particular, durante el encuentro consentido, es que ha cometido una infracción *penal* de extranjería, estaríamos ante un supuesto más dudoso, aunque en coherencia con lo que más arriba hemos sostenido, si el delito tiene correspondencia con una infracción común (p. ej., tráfico ilegal de inmigrantes irregulares o falsedad documental) no habría problema en que se procediera con base en la ‘sospecha razonable’ o la ‘causa probable.’

<sup>107</sup> Secs. 1644 y 1373(a) y (b) USC 8.

<sup>108</sup> Sec. 1357(g)(10)(A) USC 8.

<sup>109</sup> Sec. 1373(c) USC 8.

estatus inmigratorio de personas que sean objeto de investigación o que se encuentren detenidas.<sup>110</sup> Cuando se recibe una solicitud de información en el LESC (entre las que ahora también se incluyen las transmitidas a través del programa *Secure Communities*), sus empleados llevan a cabo una búsqueda de antecedentes penales y de extranjería en varias bases de datos del DHS, el FBI, Interpol y bases estatales<sup>111</sup> a los efectos de comprobar su situación administrativa y determinar si la administración federal de inmigración tiene interés en proceder a su expulsión, respondiendo al efecto a la agencia solicitante. Si el LESC considera que el extranjero puede ser expulsado y encaja en las prioridades federales de ejecución, o quiere ampliar la investigación, el propio centro o el servicio competente del ICE puede librar un *detainer*, un documento por el cual se solicita a la agencia estatal o local que retenga al extranjero 48 horas o que informe del momento de su puesta en libertad, para así facilitar la transferencia a la custodia de la administración federal.<sup>112</sup>

Por todo ello, y al contrario de lo que ocurre con las inmersiones en la aplicación directa de las sanciones de extranjería, aquí el marco normativo federal no parece plantear mayores problemas para el reconocimiento de una facultad general de las fuerzas del orden para indagar en la situación administrativa de extranjería de una persona y verificarla con la administración federal. Hecha esta advertencia, veamos cómo se han desvuelto esas actuaciones inquisitorias a la luz del derecho estatal, hasta llegar a la polémica sec. 2(b) de la Ley de Arizona.

### 3. Procedimientos policiales e indagación en el estatus inmigratorio

DESDE LA PERSPECTIVA del derecho procesal penal general y abstracción hecha de la sec. 2(b) de la ley de Arizona, conviene preguntarse ¿en qué circunstancias puede un agente de policía indagar en la situación administrativa de extranjería de una persona? Nótese que no nos planteamos ya esa inquisición en el estatus inmigratorio como una diligencia que pudiera dar lugar a retener o incluso detener a una persona sospechosa de haber cometido infracción de extranjería. Esto es algo que ya hemos analizado. Se trata ahora de ver, simplemente, si en el marco estricto del desarrollo de las funciones policiales ordinarias, puede haber lugar a

<sup>110</sup> El fundamento legal para su creación se encuentra en la sec. 1226(d) USC 8, introducida por la *Anti-Drug Abuse Act* de 1988 que encomienda al *Department of Homeland Security* “la creación y la implementación de un sistema “que haga accesible diariamente, las 24 hs del día, a las autoridades federales, estatales y locales, los recursos necesarios para investigar si una persona detenida por un delito grave por dichas autoridades es un extranjero.”

<sup>111</sup> Ver U.S. Immigration and Customs Enforcement, *Law Enforcement Support Center Training Manual* (Washington DC, 2005), pp. 9-11.

<sup>112</sup> En 2013, el LESC respondió 1,4 millones de solicitudes. <http://www.ice.gov/lesc>.

intentar obtener información de una persona sobre su situación administrativa. Ello nos puede servir para contextualizar mejor la ley de Arizona, y ver qué hay de nuevo en ella. Vamos a sistematizar, a continuación, las distintas interacciones que la policía puede tener con los particulares, siguiendo al respecto la clasificación tripartita establecida por algunos tribunales: *i) detención (arrest)* que exige concurrencia de causa probable y que normalmente implica que el particular es privado de libertad y puesto bajo custodia en dependencias policiales, *ii) intercepción (stop)* que implica una breve restricción de la libertad y que exige ‘sospecha razonable’ de comisión de una infracción (penal o administrativa) y *iii) encuentro consentido (consensual encounter)*, mera comunicación verbal que no implica coerción o restricción de libertad y que no necesita justificación.<sup>113</sup>

*i)* La indagación en la situación administrativa de los extranjeros que hayan sido detenidos y puestos bajo custodia policial o que hayan sido condenados y que se encuentren privados de libertad no plantea, en principio, mayores problemas desde el punto de vista de la distribución de competencias. Eso sí, en ningún caso la investigación en el estatus inmigratorio puede prolongar la privación de libertad, sin una justificación independiente,<sup>114</sup> algo que especialmente debe cuidarse en el caso de la detención preventiva.

Una primera generación de normativas estatales, aprobadas fundamentalmente en la primera década del siglo XXI, contempló específicamente la obligación de las autoridades estatales y locales de “hacer un esfuerzo razonable” para identificar a aquellos extranjeros que se encontraran privados de libertad en establecimientos penitenciarios locales o del Estado y comprobar su estatus con la administración federal de inmigración (a través del LESC).<sup>115</sup> En ocasiones, se li-

<sup>113</sup> *P. ej.*, *United States v. Berry*, 670 F.2d 583 (5th Cir.1982), p. 591.

<sup>114</sup> Ya en 2007, Rodríguez, Chishti y Nortman, “Testing the Limits,” p. 36 adelantando el criterio del Tribunal Supremo en Arizona. Ver *infra*.

<sup>115</sup> *P. ej.*, Code of Georgia § 42-4-14(c) (“When any foreign national is confined, for any period, in a county or municipal jail, a reasonable effort shall be made to verify that such foreign national has been lawfully admitted to the United States and if lawfully admitted, that such lawful status has not expired. If verification of lawful status cannot be made from documents in the possession of the foreign national, verification shall be made within 48 hours through a query to the Law Enforcement Support Center (LESC) of the United States Department of Homeland Security or other office or agency designated by the federal government. If the foreign national is determined to be an illegal alien, the keeper of the jail or other officer shall notify the United States Department of Homeland Security, or other office or agency designated for notification by the federal government”); Missouri Statutes § 544.472(1) (con redacción similar); Code of Laws of South Carolina § 23-3-1100 (con redacción similar); Code of Virginia §§ 19.2-83.2 y 53.1-218 (con redacción similar); Code of Alabama, § 31-13-18.

Con redacción diferente, véase, *p. ej.*, Tennessee Code § 40-7-123(b) (“When a person is arrested, booked or confined for any period in the jail of the county or any municipality, the keeper of the jail shall ... verify the citizenship status of each arrested, booked, or otherwise confined individual and report those individuals to the appropriate immigration and cus-

mitaba el mandato a aquellos extranjeros que hubieran sido condenados por infracciones de tráfico u otros delitos más graves.<sup>116</sup> Claramente, este tipo de iniciativas se solapan con programas federales ya en vigor, como *Criminal Alien Program*, o el modelo penitenciario de los acuerdos de la sec. 287(g),<sup>117</sup> por no decir que las actuaciones que se impone que desarrollen personalmente los empleados estatales y locales en muchas ocasiones ya no serán necesarias, pues al ingresar en el centro penitenciario o lugar de reclusión ya se habrá remitido automáticamente la información del interno en virtud del programa *Secure Communities/PEP*.

ii) De acuerdo con la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo a partir del asunto *Terry*, cuando se restringe la libertad de una persona en el curso de una breve intercepción, las preguntas que el agente puede hacer al particular deberían limitarse a aquellas relacionadas con el propósito inicial de la intercepción, es decir con la infracción que se sospecha se ha cometido. Así, es algo rutinario que, mientras el agente procesa los documentos que le ha presentado el conductor, el agente le pregunte sobre sus planes de viaje, el propósito del mismo o el contenido de su equipaje.<sup>118</sup> No obstante, a partir de *Muehler v. Mena*, el Tribunal Supremo consideró que un particular (en el caso, estaba siendo ‘retenido’ mientras se registraba su domicilio, previa orden judicial), puede ser preguntado sobre cualquier cuestión, sin que sea necesario que exista una ‘sospecha razonable’ que lo justifique, siempre y cuando ello no tenga como consecuencia la prolongación

toms enforcement detention and removal operations field office if the keeper of the jail determines that the individual is in violation of the Immigration and Naturalization Act, or if such status cannot be determined.”); *Texas Government Code* § 493.015 (“(b) The Department [of Criminal Justice] shall identify those inmates who are imprisoned in the institutional division or confined in a transfer facility, a substance abuse treatment facility, a state jail felony facility, or a county jail awaiting transfer to the institutional division and for whom the department is unable to reasonably ascertain whether or not the person is an illegal criminal alien. ... (d) The department shall promptly notify the United States Immigration and Naturalization Service of any inmate determined by the department to be an illegal criminal alien and request the assistance of the Immigration and Naturalization Service, if necessary, in determining whether or not the person is an illegal criminal alien.”).

<sup>116</sup> *P. ej. Oklahoma Statutes* § 22-3-171.2(A) y (B), 2007 (“When a person charged with a *felony* or with *driving under the influence* ... is confined, for any period, in the jail of the county, any municipality or a jail operated by a regional jail authority, a *reasonable effort shall be* made to determine the citizenship status of the person so confined. ... If the prisoner is a foreign national, the keeper of the jail or other officer shall make a reasonable effort to verify that the prisoner has been lawfully admitted to the United States and, if lawfully admitted, that such lawful status has not expired. ... If the lawful immigration status of the prisoner cannot be verified, the keeper of the jail or other officer shall notify the United States Department of Homeland Security.”); *North Carolina* § 162-4-62 (con redacción similar).

<sup>117</sup> Alguna de las leyes estatales aprobadas reconocía incluso este solapamiento excluyendo la obligación de indagar en la situación administrativa de los internos cuando se tratara de una entidad local que participara en uno de los dos programas federales mencionados. *P. ej., Tennessee Code* § 40-7-123(c) y (d).

<sup>118</sup> Maclin, “Police Interrogation During Traffic Stops,” p. 34.

de la restricción de libertad.<sup>119</sup> Precisamente en *Muehler* una de las cuestiones, no relacionadas, acerca de las que se preguntó al particular, fue sobre su situación administrativa de extranjería. Con posterioridad, el tribunal traslada la doctrina al ámbito propiamente de las intercepciones de tráfico, declarando que “las preguntas de un agente sobre materias no relacionadas con las circunstancias que justificaron la intercepción del vehículo,” aun cuando no se basen en una sospecha razonable, son válidas “en la medida en que no prolonguen *de modo apreciable* la duración de la retención,”<sup>120</sup> expresión que algunos tribunales han limitado a las prolongaciones “significativas” o “suficientemente amplias como para merecer consideración.”<sup>121</sup>

Pero aún hay más. Las prácticas rutinarias de la policía de tráfico incluyen no sólo las amplias facultades interrogativas recién vistas sino que, además de requerir al conductor su permiso de conducir, la documentación pertinente sobre la titularidad del vehículo y seguros de suscripción obligatoria y de comprobar telemáticamente su validez con los registros públicos pertinentes, se ha incorporado a la rutina policial la verificación de las *órdenes de detención pendientes* que pudiera haber contra el conductor y de sus *antecedentes penales*. Ello proporciona una ocasión para que el agente, si se trata de un extranjero, reciba automáticamente información sobre su situación administrativa. Veamos, brevemente, por qué ocurre tal cosa.

Cada vez es más habitual que la verificación de los antecedentes penales (información relativa a condenas o detenciones previas) se lleve a cabo por medios automatizados de transmisión de información, en especial a través del *National Crime Information Center* (NCIC). El NCIC, permite a las agencias de cualquier nivel de la administración suministrar, intercambiar y recibir información para facilitar la investigación y persecución de los delitos. Aunque es gestionado por el FBI, son las agencias policiales que actúan sobre el terreno, en especial las estatales y locales, las que introducen, modifican o eliminan sus propios registros con la información que obtienen en el ejercicio de sus funciones. Cuando se creó en 1967, el NCIC únicamente era utilizado para identificar y localizar a personas con antecedentes penales u órdenes de detención pendientes, pero en los años 80 el tipo de registros que se podían incrustar en sus bases de datos comenzó a incluir otro tipo información, ajena estrictamente a los antecedentes penales (sospechosos de terrorismo, delincuencia organizada, delincuentes sexuales registrados o

<sup>119</sup> 544 U.S. 93 (2005), pp. 100-01.

<sup>120</sup> 129 S.Ct. 781 (2009), p. 783. Discutiendo y aceptado expresamente la posibilidad de que los agentes estatales pregunten por la situación administrativa durante una ‘intercepción’ (*stop*), p. *ej.*, U.S. v. Flores-Olmos, WL 4059044 (10th Cir.2011), p. 2 “an officer does not need reasonable suspicion to inquire about immigration status;” (y citando *Muehler*) Estrada v. Rhode Island, 594 F.3d 56 (1st Cir. 2010), pp. 63-64.

<sup>121</sup> United States v. Everett, 601 F.3d 484 (6th Cir.2010), p. 491.



contra los que se hubiera dictado una orden de protección en casos de violencia doméstica). Pues bien, también la administración federal de extranjería comenzó a introducir entonces en el sistema información relativa a las órdenes administrativas de detención dictadas contra extranjeros en situación irregular y aún pendientes de ejecución, aunque inmediatamente dejó de hacerlo cuando el Dictamen del OLC de 1989 confirmó que los Estados carecían de competencia para aplicar el régimen administrativo de extranjería.

Sin embargo, las cosas cambiaron en 1996. Entonces, el legislador federal, como ya sabemos, autorizó expresamente a los agentes estatales y locales a que persiguieran el delito de nueva entrada ilegal de un delincuente extranjero. Simultáneamente, para hacer factible que las autoridades estatales persiguieran ese delito, la reforma de la legislación de extranjería permitió expresamente la inclusión en el NCIC de cualquier información relacionada con el estatus inmigratorio de una persona.<sup>122</sup> En 2001, como consecuencia de los atentados del 11 de septiembre, se amplió significativamente el tipo de información *administrativa* en materia de inmigración incluida en el sistema, hasta el punto de que, actualmente, cuando un policía estatal o local envía la información personal del conductor (o de un peatón) al que ha interceptado por existir sospecha razonable de que ha cometido una infracción, la búsqueda que se efectúa en las bases de datos no se limita sólo a los antecedentes penales o a confirmar la propiedad del vehículo, sino que automáticamente responderá si hay alguna coincidencia con la información registrada en relación con la comisión de cualquier infracción de extranjería o la existencia de órdenes administrativas de expulsión pendientes.<sup>123</sup> Si fuera el caso, la respuesta del sistema puede dar la oportunidad al agente para que contraste la información recibida con otro centro, en este caso el LESC, permitiendo así a la administración federal de inmigración tener conocimiento de la identificación del extranjero y decidir si procede hacerse cargo o no de su custodia (librando entonces el correspondiente *detainer*).<sup>124</sup>

Si bien la jurisprudencia ha avalado sin fisuras las comprobaciones rutinarias, durante una intercepción de tráfico, del permiso de conducir y de los documentos de matriculación del vehículo, actuaciones todas ellas relacionadas claramente con el propósito inicial de toda intercepción de tráfico, más problemáticas

<sup>122</sup> Sec. 1252c(b) USC 8.

<sup>123</sup> Para algunos, es dudosa la base legal para la inclusión de información administrativa de extranjería en el NCIC, Wishnie, “State and Local Police Enforcement of Immigration Laws,” pp. 1095-1101.

<sup>124</sup> Para una descripción más detallada sobre la historia y el funcionamiento técnico del NCIC, Kalhan, “Immigration Policing and Federalism through the Lens of Technology, Surveillance, and Privacy,” pp. 1122-26. Sobre su relación con la rutina policial en materia de tráfico, LaFave, *Search and Seizure*, [§ 9.3,c)].

pueden resultar las actuaciones de verificación de órdenes de detención pendientes y de antecedentes penales (y, simultáneamente, de la situación administrativa de extranjería del conductor) que la policía ha convertido también en parte de la rutina de cualquier intercepción. Estas actividades pueden exceder los límites impuestos por el Tribunal Supremo en *Terry* que exige restringir las actividades policiales a aquellas que son necesarias para investigar la infracción de tráfico, en lugar de permitir el uso de una porción de la retención para investigar cuestiones no relacionadas con aquella. Sin embargo, los tribunales no han tenido tampoco mayores problemas en confirmar la validez de las actividades de verificación de antecedentes penales y órdenes de detención pendientes en el curso de un control de tráfico, y aunque no exista razón alguna para sospechar que el particular está involucrado en otra actividad delictiva. Incluso tratándose de peatones interceptados en lugares públicos por infracciones menores.<sup>125</sup> La comprobación de los antecedentes penales y de las órdenes pendientes puede dilatar en el tiempo la intercepción del vehículo y la restricción de la libertad del particular, por lo que, en ocasiones, se ha destacado la exigencia de que se lleven a cabo de forma simultánea a la verificación del permiso de conducir y de la matriculación del vehículo<sup>126</sup> y que, en todo caso, no prolonguen de forma significativa el control de tráfico.<sup>127</sup> Límite este último, no obstante, difícil de aplicar en la práctica.

A la vista de la liberalidad con la que la jurisprudencia ha venido avalando las diligencias indagatorias que se pueden llevar a cabo en el contexto de una ‘intercepción,’ y teniendo en cuenta que entre ellas se incluye la posibilidad de inquirir verbalmente acerca de la nacionalidad y el estatus inmigratorio de la persona retenida, cabe plantearse la posibilidad de que, como en otros contextos (especialmente en la lucha contra el tráfico de drogas), la intercepción de un vehículo o de un peatón, incluso por infracciones técnicas o nimias (no poner el intermitente o cruzar por un lugar indebido) que difícilmente puede evitar cometerse en algún momento u otro, tenga sólo el propósito aparente de sancionar la conducta infractora, pero no sea, en verdad, más que un pretexto para investigar la posible

<sup>125</sup> *P. ej.*, *United States v. Lockett*, 484 F.2d 89 (9th Cir.1973), en el que un peatón que cruza indebidamente la calle y es interceptado para ser multado es sometido a una búsqueda de órdenes de detención pendientes.

<sup>126</sup> *P. ej.*, *United States v. Jones*, 269 F.3d 919 (8th Cir.2001); *United States v. Garcia*, 205 F.3d 1182 (9th Cir.2000); *United States v. Mendez*, 118 F.3d 1426 (10th Cir.1997), comprobación de órdenes de detención. *United States v. McRae*, 81 F.3d 1528 (10th Cir.1996), comprobación de antecedentes penales.

<sup>127</sup> *P. ej.*, *United States v. Contreras-Diaz*, 575 F.2d 740 (9th Cir.1978), comprobación de órdenes de detención. *United States v. Purcell*, 236 F.3d 1274 (11th Cir.2001), comprobación de antecedentes penales.

comisión de una infracción de extranjería, de cuya comisión ni siquiera se sospecha en principio.<sup>128</sup> Ello da sin duda una oportunidad a las administraciones estatales para potenciar de forma autónoma, y sin necesidad de una intervención previa del propio legislador estatal (sin necesidad de aprobar una norma como la sec. 2(b)), la ejecución de las leyes federales de inmigración.<sup>129</sup>

iii) Hasta ahora hemos analizado formas de interacción entre la policía y los particulares que implican restricción de la libertad personal, en el sentido de la Cuarta Enmienda a la Constitución, “por razón de la fuerza física empleada o la autoridad ejercida”<sup>130</sup> bien se trate de restricciones de libertad cuando se intercepta durante un breve período de tiempo al particular y para las que se exige ‘sospecha razonable’ o ‘detenciones’ integrales que deben basarse en la existencia de ‘causa probable.’ El Tribunal Supremo ha distinguido de estos dos supuestos un tercer escenario en el que la policía se limita a comunicarse con un particular para obtener información en el contexto de un ‘encuentro consentido’ y no coercitivo,<sup>131</sup> que no comporta restricción de la libertad de la persona en el sentido de la Cuarta Enmienda y no exige justificación alguna para llevarse a cabo.<sup>132</sup> La cuestión importante para nosotros es destacar que los tribunales no han tenido

<sup>128</sup> La anatomía de este tipo de intercepción pretextada sería así: – A. El agente *no* tiene sospecha razonable para interceptar un vehículo en orden a investigar el estatus migratorio de sus ocupantes – B. *Sí* existe sospecha razonable o causa probable para efectuar la intercepción por una infracción de tráfico – C. Se intercepta el vehículo y a sus ocupantes por la infracción de tráfico. – D. En el curso de la intercepción y mientras se cumple con su propósito originario (multar al conductor por la infracción de tráfico) se practican una serie de diligencias rutinarias. – E. De las cuales resulta la ‘sospecha razonable’ de que se ha cometido una infracción *penal* de extranjería (p. ej., entrada ilegal tras haber sido previamente expulsado, falsedad en los documentos de extranjería presentados al agente, transportar inmigrantes irregulares). – F. Puede prolongar la restricción de la libertad para llevar a cabo diligencias adicionales. – G. Se ha formado una causa probable de la comisión de un delito de extranjería y el agente detiene a los ocupantes del vehículo.

<sup>129</sup> No obstante, el Tribunal Supremo ha venido a avalar este tipo de intercepciones pretextadas al considerar que la existencia, al menos, de una ‘sospecha razonable’ de la comisión de una infracción justifica, per se, la intercepción, y todas cuantas diligencias que sean permitidas, *Whren v. United States*, 517 U.S. 806, pp. 817-18. *Levit*, “Pretextual Traffic Stops,” p. 163-67.

<sup>130</sup> *Terry*, 392 U.S. p. 20n16.

<sup>131</sup> Aunque, de partida, cabría cuestionarse en qué circunstancias, si en alguna, puede considerarse no coercitivo un encuentro de un inmigrante irregular con la policía. *Katz*, “*Terry v. Ohio at Thirty-Five*,” p. 476.

<sup>132</sup> Este tipo de interacciones sólo constituyen una restricción de libertad, constitucionalmente protegida, cuando a la vista de las “circunstancias concurrentes en el incidente, una persona razonable hubiera creído que no era libre de marcharse,” *United States v. Mendenhall*, 446 U.S. 544 (1980), pp. 554-55, confirmado por *Florida v. Royer*, 460 U.S. 491 (1983), o no “se sentiría libre para negarse a responder a las preguntas, rechazar las peticiones del agente o poner fin al encuentro en cualquier momento,” *Florida v. Bostick*, 501 U.S. 429 (1991), p. 430 (por ejemplo cuando el agente esgrime un arma de fuego, o entabla contacto físico con el particular, o emplea un lenguaje o un tono de voz que indica compulsión, o cuando están presentes varios agentes).

problema en reconocer que también en este tipo de interacciones podría interrogarse al particular no ya sobre su identidad sino sobre su situación administrativa de extranjería.<sup>133</sup> El particular, he ahí la diferencia, siempre podrá negarse a identificarse o a revelar su nacionalidad y a poner fin al encuentro en cualquier momento, y si el agente quisiera forzarle a responder, ya se habría abandonado el terreno del ‘encuentro consentido’ para entrar en el territorio de las restricciones de la libertad personal, protegido por la Cuarta Enmienda, y ello exigirá al menos ‘sospecha razonable’ de la comisión de una infracción. Se trata, no obstante, de una actuación, la de inquirir en el estatus inmigratorio del particular durante un encuentro consensual, que se ha reconocido, por lo general, cuando la llevan a cabo agentes federales de inmigración, aunque también hay jurisprudencia que emplea el mismo criterio permisivo para las fuerzas policiales estatales o locales.<sup>134</sup>

Ninguna ley estatal vigente a día de hoy ha reconocido expresamente o impuesto la obligación de comprobar la situación administrativa de los particulares en este tipo de ‘contactos consentidos.’ El único precedente es la versión original de la sec. 2(b) de la SB 1070, que exigía a los agentes de la autoridad “hacer un esfuerzo razonable, si las circunstancias lo permiten, para comprobar el estatus inmigratorio de todas aquellas personas con las que tuvieran *contacto legítimo*” (*lawful contact*) siempre que “exista sospecha razonable de que se trata de un extranjero en situación irregular.” Las actuaciones inquisitorias debían realizarse, en esa versión inicial de la ley, cuando el agente tuviera un simple ‘contacto,’ lo que parecía remitir el tipo de interacciones consentidas y no coercitivas

<sup>133</sup> El caso de referencia es *INS v. Delgado*, 466 U.S. 210 (1984). Agentes del *Immigration National Service* (por tanto, agentes federales) llevan a cabo una inspección por sorpresa, a pesar de no sospechar sobre la irregularidad de ninguna persona en concreto, en varias fábricas para determinar si entre los trabajadores hay extranjeros en situación irregular. Con agentes apostados en todas las salidas, los agentes se iban acercando a cada uno de los empleados para hacerles preguntas sobre su nacionalidad y situación administrativa. Si no recibían respuesta o el interrogado reconocía que era extranjero, se le pedían sus documentos de inmigración. Mientras tanto, y esta es la clave, todos los empleados podían continuar con su trabajo y tenían plena libertad de movimientos. El Tribunal concluyó que no se había producido una restricción de la libertad de los trabajadores, ya que si bien al encontrarse en el lugar de trabajo su libertad de movimientos se había visto limitada, lo había sido no por la presencia de los agentes federales, sino por las obligaciones para con el empleador. Por las circunstancias en que se desarrollaron las preguntas, los empleados no podían razonablemente deducir una amenaza razonable de que fueran a ser detenidos si intentaban abandonar el lugar de trabajo, por lo que su interacción con los agentes del INS había constituido un breve encuentro consentido para responder a unas preguntas (pp. 219-20).

Más allá de las inspecciones en fábricas que, como indicó un voto concurrente en *Delgado*, plantea “una situación límite” (p. 221), lo cierto es que la jurisprudencia ha reconocido de modo general la posibilidad de preguntar sobre la situación administrativa de extranjería durante breves encuentros consentidos que no suponen restricción de la libertad personal. *P. ej.*, *United States v. Angulo-Guerrero*, 128 F.3d 449 (8th Cir. 2003) y *Zepeda v. INS*, 753 F.2d 719 (9th Cir. 1983).

<sup>134</sup> *P. ej.*, *United States v. Perez-Sosa*, 164 F.3d 1082 (8th Cir.1998).

estudiadas, aparte por supuesto de situaciones más formales como una ‘retención’ o una ‘detención.’ La HB 2162, aprobada al poco tiempo como respuesta a las críticas acervas que se habían producido, modificó la parte descrita de la disposición para limitar su alcance en los términos que inmediatamente veremos.

#### 4. La sección 2(B) de la ley de Arizona

LA SEC. 2 (B) fue modificada y con ella se eliminó la posibilidad de que un mero ‘encuentro consentido’ entre la policía y un particular desencadenara obligatoriamente un interrogatorio sobre el estatus inmigratorio. Por el contrario, en su versión vigente, debe intentarse la identificación de una persona, salvo que esa actuación sea impracticable o pueda obstruir o impedir una investigación, 1) cuando una agencia estatal o el agente de la autoridad la “*interceptara, retuviera o llevara a cabo su detención*” como consecuencia de una infracción del ordenamiento estatal o local, siempre que 2) exista sospecha razonable de que se trata de un extranjero en situación irregular. Cuando se ha llevado a cabo la ‘detención,’ en sentido técnico, de una persona, el precepto impone la obligación incondicional (no limitada, por tanto a realizar un “esfuerzo razonable”) de que se compruebe, acudiendo a las autoridades federales, la situación administrativa de extranjería del detenido, antes de su puesta en libertad.<sup>135</sup> El cambio, en todo caso, es importante, porque la interacción que desencadena la actuación de identificación implica la exigencia adicional e independiente de que exista ‘sospecha razonable’ o ‘causa probable’ de que la persona detenida o interceptada ha cometido otra infracción penal o administrativa (incluyendo, aunque no sólo, infracciones de tráfico).

Cuestión distinta es cómo se determina la existencia de la ‘sospecha razonable’ de que se trata de un extranjero que se encuentra en situación irregular (insistimos, en el curso de las diligencias investigadoras pre- o post-detención llevadas a cabo por otra infracción separada). Pues bien, lo primero que debe hacer el agente es requerir al detenido o retenido que se identifique ya que, según el precepto, se presume que una persona se encuentra legalmente en el país si puede

<sup>135</sup> Sec. 2(b) SB 1070, “For any lawful stop, detention or arrest made by a law enforcement official or a law enforcement agency of this state or a law enforcement official or a law enforcement agency of a county, city, town or other political subdivision of this state in the enforcement of any other law or ordinance of a county, city or town or this state where reasonable suspicion exists that the person is an alien and is unlawfully present in the United States, a reasonable attempt shall be made, when practicable, to determine the immigration status of the person, except if the determination may hinder or obstruct an investigation. Any person who is arrested shall have the person's immigration status determined before the person is released.”

presentar determinados documentos como, p. ej., un permiso de conducir o, en general, “cualquier identificación [federal, estatal o local] para cuya obtención se exija prueba de que se reside legalmente.”<sup>136</sup> Si se presenta un documento de esas características la cuestión acerca de si se trata de un extranjero en situación irregular queda resuelta y no es necesaria ninguna indagación adicional.

La sospecha razonable puede formarse sobre la base de una serie de indicios de muy difícil enumeración, al menos con afán exhaustivo. No obstante, en unas directrices dirigidas a las fuerzas del orden para la aplicación de la SB 1070<sup>137</sup> se puede leer que, entre otras circunstancias, podrá tenerse en cuenta la presentación de una identificación extranjera, declaraciones voluntarias sobre su situación administrativa, encontrarse en compañía de otros inmigrantes irregulares o en un lugar frecuentado por ellos para buscar trabajo, dificultades para comunicarse en inglés, etcétera.<sup>138</sup> Como bien puede entenderse, el mayor riesgo para los derechos fundamentales radica en que la ‘sospecha razonable’ de la estancia irregular se forme tomando en consideración la raza, el color de la piel o la etnia. Por ello, la propia sec. 2(b) prohíbe que “pueda considerarse la raza, el color o el origen nacional en la aplicación de [la sección] excepto en la medida en que lo permita la Constitución de los Estados Unidos o de Arizona.”<sup>139</sup> La excepción es importante, y la remisión que contiene más, ya que el Tribunal Supremo, en el asunto *United States v. Brignoni-Ponce* concluyó, *obiter dictum*, que si bien los rasgos étnicos no pueden, por sí solos, servir de base a una ‘sospecha razonable’ en el contexto de la ejecución del ordenamiento de extranjería, si pueden cumplir esa función en conjunción con otros factores ya que “la probabilidad de que una persona de origen mexicano sea un extranjero es suficientemente alta como para hacer de la apariencia de ser mexicano un factor relevante.”<sup>140</sup> Los tribunales, en consecuencia, reconocen, de modo general, que la raza puede formar parte del

<sup>136</sup> *Id.* “A person is presumed to not be an alien who is unlawfully present in the United States if the person provides to the law enforcement officer or agency any of the following: 1. A valid Arizona driver license; 2. A valid Arizona nonoperating identification license; 3. A valid tribal enrollment card or other form of tribal identification; 4. If the entity requires proof of legal presence in the United States before issuance, any valid United States federal, state or local government issued identification.” No es una enumeración *numerus clausus*.

<sup>137</sup> La Gobernadora de Arizona ordenó a la administración estatal que proporcionara unas directrices y una preparación a las fuerzas del orden para la aplicación de la ley. *Executive Orden* 2010-09. En cumplimiento de este mandato, se aprobó un documento, hecho público, con información muy útil para desentrañar el significado de la SB 1070. Arizona Peace Officer Standards and Training Board, “Implementation of the 2010 Arizona Immigration Laws Statutory Provisions for Peace Officers,” junio de 2010.

<sup>138</sup> *Id.*, pp. 3-4.

<sup>139</sup> Sec. 2(b) SB 1070: “A law enforcement official or agency of this state or a county, city, town or other political subdivision of this state may not consider race, color or national origin in implementing the requirements of this subsection except to the extent permitted by the United States or Arizona Constitution.”

<sup>140</sup> 422 U.S. 873 (1975), pp. 886-87.

cálculo que determina el nacimiento de la ‘sospecha razonable,’ a los efectos, por ejemplo, de interceptar un vehículo si la concurrencia de otros indicios (p. ej., vehículo sobrecargado de pasajeros y que intentan ocultarse). *Brignoni-Ponce*, no obstante, trataba de la legalidad de una actuación de la policía *federal* de fronteras, por lo que queda aún la duda, no resuelta, de si las fuerzas del orden estatales también están habilitadas a considerar la raza en la aplicación del propio ordenamiento del Estado.<sup>141</sup>

Por tanto, la sec. 2(b) de la ley de Arizona, puesta en el foco de las más severas críticas, parece que añade poco a las amplias facultades *inquisitorias* que ya tenían las fuerzas del orden, más allá del hecho de que el precepto trata de institucionalizar una práctica sistemática de comprobación de la situación administrativa de extranjería, tratando de reducir con ello la discrecionalidad individual de los agentes. Con ello se podría potencia aún más la utilización de las interacciones coactivas que la policía puede tener con los particulares, aún por pequeñas infracciones administrativas, so pretexto de cumplir con el mandato previsto en el precepto. Sin embargo, el verdadero significado del precepto y lo que inicialmente pretendía no puede entenderse si no se combina con el resto de disposiciones de la SB 1070. Esta ley, debe recordarse, creaba nuevos tipos penales y sanciones que criminalizaban en el ordenamiento estatal conductas que sólo podía cometer un inmigrante irregular, como solicitar un empleo y, en especial, no haber completado su inscripción en el registro federal de extranjeros y no disponer de documentación que acredite el hecho de hallarse legalmente en Estados Unidos. El juego con la sec. 2(b) puede verse inmediatamente: puesto que el derecho estatal tipifica como delito la simple estancia ‘indocumentada,’ basta una sospecha razonable o causa probable de que una persona puede haber cometido esa u otra *infracción estatal de extranjería* para que se intercepte o se detenga al extranjero y, en aplicación de la sec. 2(b), se indague en su situación administrativa.<sup>142</sup> No

<sup>141</sup> El Tribunal Supremo de Arizona sí parece haber confirmado la relevancia de la raza en la determinación de la existencia de una ‘sospecha razonable.’ Chin et al., “A Legal Labyrinth,” pp. 67. Por el contrario, algunos tribunales federales inferiores han rechazado el *obiter dictum* de *Brignoni-Ponce* y han considerado que, en zonas cercanas a la frontera en las que la población latina ha crecido drásticamente en los últimos años, los rasgos étnicos no pueden considerarse elementos indiciarios del estatus migratorio. *P. ej.*, *United States v. Montero-Camargo*, 208 F.3d 112 (9th Cir. 2000), pp. 113-32 y *United States v. Alarcon-Gonzalez*, 73 F.3d 289 (10th Cir. 1996), p. 293.

<sup>142</sup> El lector familiarizado al ordenamiento español encontrará sorprendente que uno de los aspectos más polémicos y problemáticos de la SB 1070 sea precisamente este. En nuestro derecho, *primero*, los extranjeros están “obligados a conservar y portar consigo la documentación que acredite... su situación regular en España” (art. 13.1 Ley O. 4/2015 de Protección de la Seguridad Ciudadana) y están obligados a exhibirla “cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes” (art. 13.2). Y *segundo*, en conexión con esas previsiones, se permite a las fuerzas y cuerpos de seguridad requerir la identificación de las personas, entre otras circunstancias, “cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una *infracción*” (art. 16.1,a) permitiendo el traslado a dependencias policiales cuando no sea posible la identificación. La estancia irregular es una infracción administrativa grave prevista

sería necesario ya que se hubiera cometido una infracción o delito *común* para que la policía pudiera actuar. Como sabemos, los nuevos delitos y sanciones creados por la ley de Arizona fueron invalidados por el Tribunal Supremo y, con ello, se vació la sec. 2(b) de buena parte del nuevo potencial que trataba de imprimir en las facultades que la policía ya ostentaba. En todo caso, la sec. 2(b) de la ley de Arizona se había replicado en otros ordenamientos estatales<sup>143</sup> y varios tribunales federales inferiores habían ofrecido pronunciamientos contradictorios sobre su significado y constitucionalidad, haciendo necesaria la intervención del Tribunal Supremo. Veámoslo ahora.

## **F. La ejecución incidental tras *Arizona v. United States***

### **1. La postura del *9th Circuit*: el legislador federal excluye la ejecución incidental**

En su recurso contra la sec. 2(b), el gobierno federal argumenta, una vez más, que la legislación federal excluye (*preempt*) el poder de los estados para adoptar una regulación que exija a las autoridades estatales investigar la situación administrativa de las personas sospechosas de encontrarse irregularmente en el país. Es importante destacar que la impugnación del gobierno federal se centra en el carácter “imperativo” que tiene la regulación estatal, que tendrá como resultado un “aumento dramático” en el número de solicitudes dirigidas a la administración federal para que verifique la situación administrativa de los extranjeros que los agentes encuentren en el ejercicio de sus funciones, provocando con ello “una desviación de los recursos y la atención que el gobierno federal centra en los extranjeros peligrosos, que constituyen su máxima prioridad.”<sup>144</sup> El DOJ alegó también que la sec. 2(b) afectaría igualmente a los residentes legales e incluso a ciudadanos norteamericanos cuando al ser parados o detenidos por la policía no pudieran demostrar inmediatamente de su condición de ciudadanos o residencia, algo que el legislador federal “ha tratado de prevenir al elaborar un marco para la ejecución material de las leyes de extranjería equilibrado y controlado y dirigido

en el art. 53.1,a de la Ley O. 4/2000, por lo que la simple sospecha de estancia irregular justifica el requerimiento de identificación.

<sup>143</sup> Ver, con redacción muy similar a la sec. 2(b) de la SB 1070 de Arizona, la sec. 3 de la Utah Illegal Immigration Enforcement Act (H.B. 497), codificada en *Utah Code* § 76-9-1003; la sec. 8 de la Illegal Immigration Reform and Enforcement Act of 2011 de Georgia (H.B. 87), codificada en *Code of Georgia* § 17-5-100; la sec. 12 de la Beason-Hammon Alabama Taxpayer and Citizen Protection Act (H.B. 56), codificada en *Code of Alabama*, § 31-13-12; y sec. 6 de la South Carolina Act no. 69, codificada en *Code of Laws of South Carolina*, §17-13-170

<sup>144</sup> *United States v. Arizona, Complaint* WL 2653363 (D. Ariz. 6 jul. 2010), p. 17.



a nivel nacional.”<sup>145</sup> Arizona, por el contrario, basa la defensa de la disposición, una vez más, en un pretendido poder inherente a los Estados para ejecutar la legislación federal, y en la apreciación de que el ordenamiento federal de extranjería no tiene efecto preentivo sobre el tipo de actividades contempladas en la sec. 2(b) SB 1070.<sup>146</sup> Veamos ahora la respuesta que dieron los tribunales federales a los recursos que se interpusieron tanto contra mencionada disposición como contra las réplicas similares que se habían aprobado en otros Estados. De nuevo, nos vamos a encontrar una división de opiniones entre los tribunales federales inferiores, aunque esta vez sí que intervendrá el Tribunal Supremo.

La sentencia en primera instancia del *US District Court* de Arizona, que dio la razón al gobierno federal, se centró fundamentalmente en los efectos que la normativa estatal podía tener para los residentes legales y para los recursos federales destinados a luchar contra la inmigración irregular.<sup>147</sup> Por el contrario, el *9th Circuit Court of Appeals* concluyó que el derecho federal ejercía un efecto preentivo sobre el poder de ejecución de los Estados.<sup>148</sup> La sentencia, firmada por dos de los tres jueces que integraron el tribunal (el tercero formularía un voto discrepante) entiende que la sec. 2(b) es incompatible con el sistema creado por el legislador federal para la ejecución material de la normativa de extranjería que, según el tribunal, “sólo permite a los agentes estatales auxiliar sistemáticamente en la ejecución bajo la estricta supervisión” de las autoridades federales.<sup>149</sup> Para llegar a esta conclusión el tribunal analiza fundamentalmente la sec. 1357(g) USC 8, llegando a la conclusión de que la autorización que en ella se concede a la administración federal para celebrar acuerdos, formalizados por escrito, por los que se permite a agentes estatales y locales seleccionados llevar a cabo determinadas funciones bajo estricta dirección federal, es demostrativa de la intención del legislador federal de que toda colaboración se produzca bajo su estricta supervisión. De igual forma, la sentencia entiende que el ap. 10 de la sec. 1357(g)<sup>150</sup> únicamente permite una asistencia ocasional o en situaciones de necesidad, y previa

<sup>145</sup> *Id.*, p. 18

<sup>146</sup> *United States v. Arizona, Defendant's Response to Motion for Preliminary Injunction* (D. Ariz. 26 jul. 2010), pp. 9-12, con cita del Dictamen OLC 2002.

<sup>147</sup> *United States v. Arizona (Arizona I)*, 703 F.Supp.2d 980 (D.Ariz. 2010), pp. 993-98.

<sup>148</sup> *United States v. Arizona (Arizona II)*, 641 F.3d 339 (9th Cir.2011).

<sup>149</sup> *Id.*, p. 641.

<sup>150</sup> Dice la sec. 1357(g)(10): “nada en esta sección debe interpretarse como una exigencia de que debe celebrarse un acuerdo de cooperación para que un agente o empleado estatal o local, (a) se comunique con el *Attorney General* en relación con el estatus migratorio de una persona, incluso a los efectos informar acerca de que un extranjero no se encuentra legalmente en el país, (b) coopere de cualquier otra forma con el *Attorney General* en la identificación, captura, detención o expulsión de aquellos extranjeros que no se encuentren legalmente en los Estados Unidos.”

solicitud de las autoridades federales. La cooperación queda, en términos generales, limitada a la exigencia de previa celebración de un acuerdo, en los términos regulados en los aps. (1) a (9) de la sec. 1357(g), sin que su ap. (10) pueda interpretarse como una fuente independiente de autoridad o como una habilitación para que, a nivel normativo, pueda regularse cuándo y en qué circunstancias los agentes estatales y locales deben comunicarse con la administración federal en relación con el estatus inmigratorio de una persona.<sup>151</sup> El tribunal rechaza, asimismo, el argumento de Arizona de que la sec. 1373(c) INA 8, que obliga al *Department of Justice* a responder “aquellas consultas procedentes de una agencia estatal o local que tengan por objeto verificar o determinar la condición de ciudadano o la situación administrativa de extranjería de una persona,” debe interpretarse como prueba de que “el legislador ha expresado una clara intención de fomentar la asistencia por parte de los agentes estatales y federal.” Si bien el tribunal asume que el precepto transcrito demuestra que el legislador federal “contempla la asistencia de los Estados en la identificación de los inmigrantes irregulares”... esa asistencia debe producirse necesariamente en el marco de un acuerdo celebrado en las condiciones previstas en la sec. 1357(g) y no en la forma ordenada por una ley estatal al servicio de una política estatal.”<sup>152</sup>

Al igual que en el caso de la sec. 6, el *9th Circuit* atribuye un papel propio a la interferencia de la sec. 2(b) con la discrecionalidad y la flexibilidad que el legislador ha reconocido a la administración y al gobierno federales para determinar la manera en que debe aplicarse la normativa de extranjería. La preención no se reputa ya de un mandato normativo (legal o reglamentario) propiamente dicho, sino del margen de discrecionalidad con que cuenta el ejecutivo federal que, para cumplir con sus funciones, “debe establecer prioridades para garantizar que el ICE emplea los recursos de la manera más eficiente.”<sup>153</sup> Ya hemos analizado en el capítulo primero el problema que tiene atribuir efecto preentivo a ‘prioridades’ y ‘estrategias’ que no cuentan habitualmente con garantías formales y procedimentales equiparables a la actividad reglamentaria. También de nuevo el Tribunal, con independencia de las interacciones de la sec. 2(b) con el marco normativo federal, termina deslizándose como motivo para dejar cautelarmente sin efecto la sec. 2(b) los efectos perjudiciales, que no son meramente incidentales, que entiende puede tener en las relaciones exteriores de la Unión. Y ello a la vista del número de líderes de naciones extranjeras y organizaciones internacionales que

<sup>151</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 349-50.

<sup>152</sup> *Id.*, pp. 350-51.

<sup>153</sup> *Id.*, pp. 351-52. El *US District Court* había concluido también que la sec. 2(b) impone una carga inaceptable sobre la administración federal, pero en su análisis se centra los efectos de la disposición sobre los recursos financieros federales, a consecuencia del incremento en las solicitudes de información. *Arizona I*, 703 F.Supp.2d, p. 996.

habían criticado la SB 1070, y de las acciones de protesta que ya había emprendido México.<sup>154</sup>

## 2. La discrepancia entre tribunales

LA SENTENCIA DEL *9th Circuit*, como hemos anticipado, cuenta con un voto particular discrepante, que firma el juez Carlos Bea, en el cual se sostiene que la intención del legislador federal en las secs. 1373(c) y 1357(g)(10), fue la de reconocer a los agentes estatales un poder/deber, al margen de cualquier cooperación formalizada, en relación con la *identificación* de los extranjeros que se encuentran en situación irregular.<sup>155</sup> La sec. 2(b) únicamente pretende obligar, en determinadas circunstancias, a que los agentes estatales o locales indaguen en la situación administrativa de extranjería de una persona. Pero, más allá de la obligación que tienen las autoridades federales de responder a las consultas que al respecto le puedan hacer los agentes estatales de acuerdo con la sec. 1373(c), la sec. 2(b) no impone a la administración federal la aceptación de la custodia del extranjero identificado como irregular o la iniciación del procedimiento para su expulsión, sino que, antes al contrario, es libre para rechazar cualquier cooperación adicional o descartar la expulsión del extranjero.<sup>156</sup>

Especialmente interesante es la contestación que da el juez a la conclusión de la mayoría de que la sec. 2(b) menoscaba indebidamente las prioridades y estrategias establecidas por el gobierno federal para la aplicación la normativa de extranjería. Para Bea, “el poder para dejar sin efecto la legislación estatal reside en el legislador federal, no en el ejecutivo; como tal, una agencia como es el ICE sólo puede excluir la legislación estatal cuando el Congreso le ha delegado ese poder.”<sup>157</sup> En este sentido, la sec. 2(b) no podría violentar la flexibilidad que el legislador ha dado al ejecutivo para dar aplicación al marco legal pues según el juez, “el Congreso explícitamente privó en las secs. 1373(c) y 1357(g)(10) de toda discrecionalidad y flexibilidad a la administración a la hora responder a los agentes

<sup>154</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 353.

<sup>155</sup> *Arizona II*, 641 F.3d 339, p. 373-79 “la exclusión de la función de identificación de extranjeros en situación irregular de la exigencia de un previo acuerdo formalizado conforme a los nos. (1) a (9) de la sec. 1357(g), y la inclusión de la identificación como una de las competencias de los Estados en la sec. 1357(g)(10), debe llevar a la conclusión de que el Congreso tuvo la intención de que los agentes estatales fueran libres de consultar a las autoridades federales acerca de la situación administrativa de extranjería de una persona sin necesidad de hacerlo bajo su la dirección o supervisión, y de que esas autoridades federales están obligadas a responder a esas consultas de acuerdo con la sec. 1373(c),” p. 378.

<sup>156</sup> *Id.*, p. 379.

<sup>157</sup> *Id.*, p. 380.

estatales que se dirigieran a ella en relación con la situación administrativa de extranjería” de una persona.<sup>158</sup> El voto particular también rebate la supuesta contradicción de la sec. 2(b) con los objetivos federales en materia de política exterior. Sólo existe preención cuando la medida estatal o local es contraria a “objetivos de política exterior *establecidos*” por el legislador o por el ejecutivo. Pero en el caso presente no se ha podido identificar ninguno de tales objetivos y, antes al contrario, la ley de Arizona está en línea con la intención del legislador de promover y facilitar el libre flujo de información entre los Estados y la administración federal para la identificación de los extranjeros en situación irregular.<sup>159</sup>

El voto particular discrepante del juez Bea va a preparar el camino para una nueva división de opiniones entre los tribunales federales sobre la validez de la sec. 2(b) de la ley de Arizona y de aquellas disposiciones que a su imagen y semejanza se habían aprobado en otros Estados. En efecto, el *Northern District Court* de Alabama (perteneciente al *11th Circuit*) será el primero en responder al *9th Circuit* al resolver también una petición de suspensión cautelar, en este caso de la entrada en vigor de la *House Bill* 56 análoga a la ley de Arizona. La sec. 12(a) de la ley, que “establece las circunstancias en las que los agentes del orden estatales [y locales] deben tratar de comprobar... la situación administrativa de las personas detenidas” es, esencialmente igual a la sec. 2(b) de la SB 1070, y se complementa con la sec. 18 en que se dispone que si una persona no pudiera presentar un permiso válido de conducir, el agente de policía estatal o local deberá intentar comprobar su situación administrativa de extranjería de acuerdo con la sec. 1373(c) USC 8” prohibiendo, en todo caso que el agente efectúe esa comprobación por su cuenta. En *United States v. Alabama*,<sup>160</sup> el tribunal rechaza la suspensión cautelar de las secs. 12(a) y 18, y lo hace siguiendo fielmente en su argumentación el voto discrepante del juez Bea, a quien cita extensamente. Así, tras concluir que “nada en el texto de la INA *expresamente* priva a los Estados del poder para legislar las actividades de verificación del estatus inmigratorio de una persona” y “nada refleja una voluntad por parte del legislador federal de ocupar toda la regulación relativa a la identificación de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en el país.” La ley federal no ha impedido expresamente, según el tribunal, la regulación estatal considerada. Procede el tribunal entonces a comprobar si lo ha hecho *implícitamente*, para lo cual acoge la interpretación amplia que de la sec. 1357(g) hace el juez Bea en su voto particular, concluyendo que esa disposición no limita la cooperación estatal, especialmente en lo referido a las actividades de identificación de inmigrantes irregulares, a aquellos supuestos en que el

<sup>158</sup> *Id.*

<sup>159</sup> *Id.*, pp. 381-82.

<sup>160</sup> *United States v. Alabama (Alabama I)*, 813 F.Supp.2d 1282 (M.D.Ala. 2011).

Estado ha sido autorizado por la administración federal<sup>161</sup> y la lectura que el juez del *9th Circuit* había hecho de la sec. 1373(c) que demuestra la voluntad del legislador federal de promover la asistencia de los Estados en la primera etapa de la aplicación de la normativa de extranjería, ayudando a la *identificación* de extranjeros en situación irregular.<sup>162</sup> La sentencia sería confirmada en todos sus extremos por el *11th Circuit Court of Appeals*,<sup>163</sup> aunque la sentencia llegó cuando ya se había pronunciado el Tribunal Supremo en *Arizona*, por lo se limita a aplicar el criterio que el alto tribunal había, al fin, establecido. Hemos anticipado, pues, que el Tribunal Supremo intervendrá y que lo hará en el sentido de avalar la constitucionalidad de la sec. 2(b) SB 1070, única de las disposiciones de la ley de Arizona que, habiendo sido impugnadas, sobrevivió a su paso por los tribunales.

### 3. La constitucionalidad de la participación incidental en la ejecución, según el Tribunal Supremo

EL TRIBUNAL SUPREMO resolverá la división de opiniones entre los tribunales federales inferiores y lo hará en el sentido de avalar la constitucionalidad de la sec. 2(b), fallo en el que, además, concurrirán todos los jueces, incluidos los tres que formulan votos particulares (Scalia, Thomas y Alito). La sentencia aborda, consecutivamente, los dos argumentos que había esgrimido el gobierno federal al impugnar la sec. 2(b). En *primer lugar*, respecto al carácter obligatorio de la comprobación de la situación administrativa de extranjería por los agentes estatales y locales, el tribunal se limita a comprobar que la intención del legislador federal es promover, facilitar, favorecer la comunicación con las autoridades federales (a través del *Law Enforcement Support Center*) para verificar el estatus inmigratorio de una persona. Para el tribunal es decisivo que el legislador excluya expresamente de la exigencia de un acuerdo formal o de un especial entrenamiento esa actividad de simple consulta (sec. 1357(g)(10)(A)), que al mismo tiempo imponga a la administración federal la obligación de responder (sec. 1373(c)), y que incluso se prohíba a los Estados y entes locales restringir las facultades de sus agentes para comunicar a, o recibir información de, la administración federal de inmigración (sec. 1644).<sup>164</sup> La naturaleza obligatoria de esa actividad, reconoce el Tribunal, impide a los agentes estatales considerar las prioridades federales a la hora

<sup>161</sup> *Id.*, pp. 1327-28.

<sup>162</sup> *Id.*, pp. 1325.

<sup>163</sup> *United States v. Alabama (Alabama II)*, 691 F.3d 1269 (11th Cir. 2012), pp. 1283-85.

<sup>164</sup> En este mismo sentido, el juez Scalia se limita a señalar, en su voto particular, que el precepto “simplemente hace saber a los agentes que están autorizados a hacer algo que ya podían hacer” antes de que se aprobara, *Arizona*, 132 S.Ct., p. 2515. El juez Thomas, de acuerdo con

de decidir si contactar con la administración, pero prevalece en este caso la clara voluntad del legislador en el sentido de favorecer el intercambio de información.<sup>165</sup> El juez Alito, en su voto particular, dedica sus principales esfuerzos a desacreditar el argumento esgrimido por el gobierno federal en el sentido de que las prioridades federales puedan tener un efecto preentivo sobre el poder de los Estados.<sup>166</sup> Igualmente importante para el voto concurrente es el hecho de que la administración federal retenga la facultad discrecional “que más relevancia tiene –es decir, la discrecionalidad para aplicar la ley al caso concreto.” Por ello, “si un agente de Arizona contacta con la administración federal para verificar la situación administrativa de una persona y de la información que obra en su poder resulta que se encuentra ilegalmente en el país, es la administración y el gobierno federal la que decide, se entiende que atendiendo a sus propias prioridades de ejecución, si debe quedar en libertad o debe ser transferida a su custodia.”<sup>167</sup>

El *segundo* de los problemas que había advertido el gobierno federal va a tener más impacto en el razonamiento que llevará a la mayoría de jueces, a pesar de confirmar la constitucionalidad de la sec. 2(b), a limitar su operatividad. En la práctica, la aplicación del precepto puede exigir una restricción en la libertad de una persona sin otra motivación que la de comprobar su situación administrativa de extranjería. Aunque el tribunal considera que ello podría “distorsionar el marco federal,” debido a la falta de “supervisión o dirección federal”<sup>168</sup> y contextualiza la cuestión, en apariencia, en términos competenciales, el argumento que mueve la sentencia se centra en los problemas que la aplicación del precepto puede generar para las garantías constitucionales sustantivas frente a detenciones ilegales (Cuarta Enmienda). Puesto que “Arizona no puede autorizar la detención de una persona, sin previa orden, simplemente porque se encuentre en situación de ser expulsada del país,” la única justificación legal para la detención

las opiniones expresadas por Scalia, añade que “en disposición alguna del derecho federal se prohíbe a Arizona imponer a sus agentes la obligación de llevar a cabo indagaciones en la situación administrativa de extranjería,” *Id.* p. 2522; y el juez Alito insiste en que “incluso antes de que el legislador estatal aprobara la sec. 2(b), el derecho federal permitía a los agentes estatales y locales solicitar información” sobre la situación administrativa de extranjería, *Id.* p. 2525.

<sup>165</sup> *Arizona*, 132 S.Ct., p. 2508.

<sup>166</sup> Ver. Cap. I.

<sup>167</sup> *Arizona*, 132 S.Ct. pp. 2526-27. Cf. con la opinión del profesor Motomura, *Immigration Outside the Law*, para quien hay muy pocas posibilidades de que la administración federal detenga a un inmigrante irregular que no representa una prioridad de ejecución, “pero de acuerdo con la sec. 2(B), la discrecionalidad rutinaria que los agentes estatales y locales ejercen cuando interceptan un vehículo por una infracción de tráfico, y cuando detienen a un particular, implica la obligación de comprobar su estatus de extranjería” reconociendo así a los agentes la libertad para “informar a las autoridades federales con el propósito de que su posible expulsión,” p. 128, limitando “en la práctica la capacidad de la administración federal para implementar sus prioridades,” p. 131.

<sup>168</sup> *Id.*, p. 1509.

de un extranjero es la posible comisión de *otra* infracción administrativa o penal (p. ej., conducir ebrio, desorden público), y cualquier prolongación de la restricción de la libertad que no tenga una base independiente de la mera estancia irregular será sospechosa de ser inconstitucional.<sup>169</sup> Por ello, la única interpretación que puede salvar la sec. 2(b) es entender que sólo exige de los agentes estatales que lleven a cabo una comprobación del estatus inmigratorio de una persona “si existe sospecha razonable de la comisión de otra infracción que justifique la retención” o tiene lugar “en el curso de una detención autorizada y legal o después de ser puesta en libertad.”<sup>170</sup> El tribunal, no obstante, “a la vista de la incertidumbre sobre las implicaciones del precepto y el modo en que será aplicado,” no excluye la posibilidad de que en el futuro deba volver a juzgar la constitucionalidad del precepto si, cuando entre en vigor, se demuestra que no puede aplicarse de una manera conforme a las garantías constitucionales.<sup>171</sup>

Avalada la constitucionalidad de la sec. 2(b), siempre que se entienda en el sentido interpretado por el Tribunal Supremo, distintos tribunales federales se hicieron eco del fallo de la sentencia y confirmaron la validez de las disposiciones que, imitando la sec. 2(b), se habían aprobado en Estados como Utah,<sup>172</sup> Georgia,<sup>173</sup> Alabama,<sup>174</sup> y South Carolina.<sup>175</sup>

<sup>169</sup> *Id.*, citando asuntos más arriba examinados como *Johnson* o *Caballes* que, se recordará, autorizaban las preguntas que la policía pudiera hacer a un particular en el contexto de una ‘retención’ siempre que no prolongaran de modo apreciable la restricción de la libertad.

<sup>170</sup> *Id.*, el tribunal cita al propio gobierno de Arizona, que ya había dejado claro en su recurso ante el Tribunal Supremo que la sec. 2(b) “no exige que la comprobación se complete durante la intercepción o la detención, si ello no es practicable o razonable.”

<sup>171</sup> *Id.*, p. 1510.

<sup>172</sup> El *District Court* de Utah rechaza el recurso contra la sec. 3 de la H.B. 497 en *Utah Coalition of la Raza v. Herbert*, 26 F.Supp.3d 1125 (D.Utah 2014), pp. 1135-38.

<sup>173</sup> El *11th Circuit* revoca la sentencia de instancia en *Georgia Latino Alliance v. Governor of Georgia*, 691 F.3d 1250 (11th Cir. 2012), pp. 1267-68, destacando incluso que la sec. 8 de la HB 87 es menos problemática, pues, al contrario que la de sec. 2(b) de Arizona, que es impone un mandato imperativo de indagación en el estatus inmigratorio “la sec. 8 autoriza, pero no requiere, que los agentes estatales investiguen la situación administrativa cuando una persona detenida no pueda identificarse satisfactoriamente.”

<sup>174</sup> También el *11th Circuit*, pero esta vez se limita a confirmar el pronunciamiento del *District Court* en *United States v. Alabama (Alabama II)*, 691 F.3d 1269 (11th Cir. 2012), pp. 1283-85.

<sup>175</sup> El propio *District Court* que en un principio había dejado sin efecto diversas disposiciones de la sec. 6 de la Act 69, tras serle devuelto el asunto por el *4th Circuit Court of Appeals* a la vista del pronunciamiento de Tribunal Supremo, convalida la disposición hermana de la sec. 2(b) en *United States v. South Carolina (South Carolina II)*, 906 F.Supp.2d 463 (D.S.C. 2012), pp. 470-71.

## **G. Autonomía de ejecución e inmigración irregular a través de unos ejemplos**

Unos ejemplos pueden ilustrar el modo en el que, según el *estatus quo* actual, pueden los Estados participar de manera unilateral e independiente (es decir, al margen de cualquier delegación expresa por parte de los poderes federales) en la aplicación del régimen sancionador de la inmigración irregular previsto en el derecho nacional, y la medida en que la sec. 2(b) de la ley de Arizona ha venido a sumar energía a las facultades estatales:

*Ejemplo 1:* Juan Nadie es un inmigrante irregular que vive en Tucson, Arizona. Después de trabajar como jornalero desbrozando el terreno en una finca cercana a la ciudad, regresa al lugar en que le han recogido esa misma mañana. Juan, que viste un jorongo desgastado, se baja de la camioneta con otros cuatro hombres y se despide de ellos en español. A continuación, se dirige a un puesto callejero donde intenta pedir al dependiente un helado, aunque apenas puede expresarse correctamente en inglés. Un agente de la policía local presencia la escena y, a raíz de la vestimenta, el escaso conocimiento de inglés y el lugar en que se encuentra Juan, frecuentado por jornaleros en situación irregular que buscan trabajar en los campos cercanos a la ciudad, adquiere una ‘sospecha razonable’ de que se trata de un inmigrante en situación irregular. Por esa razón le aborda y comienza a interrogarle sobre su lugar de procedencia y su residencia en la ciudad, y le pide que se identifique. Juan Nadie, entendiendo con mucha dificultad al agente, le contesta que viene de México pero que no sabría decirle dónde vive en Tucson. Como identificación le enseña un carné de conducir mexicano y cuando le pregunta si se encuentra ilegalmente en los Estados Unidos, aunque no parece entender bien la pregunta, asiente con la cabeza.<sup>176</sup> El agente local cree tener ‘causa probable’ para detener a Juan, y así lo hace conduciéndolo a comisaría para concluir la comprobación sobre su estatus migratorio.

Pues bien, ni el motivo inicial que fundamenta la intercepción del extranjero ni la ulterior detención pueden considerarse legales. De una parte el Tribunal Supremo ha concluido, en *Arizona*, que una actuación de ejecución directa del régimen *administrativo* de extranjería (recuérdese que los indicios sólo indicaban que Juan podía ser responsable de una infracción de estancia irregular), como la que ha llevado a cabo el agente local, sólo es válida si se realiza en alguno de los supuestos expresamente autorizados y siempre bajo la supervisión y la dirección

<sup>176</sup> Todos los indicios citados constan en las directrices aprobadas para la implementación de la SB 1070 y que han sido citadas más arriba y permiten formar la existencia de una ‘sospecha razonable’ de que una persona se encuentra en situación irregular. Implementation of the 2010 Ariz. Immigration Laws, 2010, pp. 3-4.



de las autoridades federales (p. ej., sería válida si el agente local se hubiera incorporado a unos de los grupos operativos entrenados y autorizados por la administración federal en virtud de un acuerdo de los previstos en la sec. 1357(g)). Las actuaciones tampoco están amparadas por la sec. 2(b) de la SB 1070. El precepto sólo entra en juego, es importante retenerlo, cuando un agente intercepta o detiene a una persona por *otra* infracción distinta, tipificada en otra ley estatal u ordenanza local y limita la actuación de la policía estatal o local a inquirir sobre el estatus migratorio; no constituye una habilitación específica para restringir la libertad del particular con motivo de las sospechas de la comisión de una infracción de extranjería.

*Ejemplo 2:* Un agente de la policía local de Calais, una pequeña localidad fronteriza del Estado de Maine, se encuentra de servicio en su coche patrulla, durante una noche de invierno, cuando recibe una alerta del sensor situado en un puente ferroviario cercano que une Canadá y Estados Unidos, pero que no es un puesto habilitado para la entrada en el país. El agente comienza a investigar la posibilidad de que un extranjero haya entrado a pie ilegalmente en territorio nacional sin ser inspeccionado, como sabemos un delito de extranjería tipificado en la sec. 1325 USC 8. Al escuchar las conversaciones por radio que tienen lugar entre los agentes federales de frontera, el agente de Calais sabe que se han encontrado pisadas en la vía del tren, totalmente nevada, que conducen hacia un supermercado cercano, y que el sujeto calza unas botas del número 9 que dejan una huella distintiva en la nieve. Cuando el agente se encuentra en las inmediaciones del supermercado, observa la presencia de un peatón al que se aproxima tras bajarse del vehículo. Tras consentir en hablar con el agente, John Doe confirma que procede de New Brunswick, la primera localidad canadiense al otro lado de la frontera, pero cuando el agente le pregunta si ha cruzado por el puente ferroviario, y tras dudar un momento, responde negativamente. El agente interpreta que la respuesta es evasiva y observa que los bajos de los pantalones de Doe están cubiertos de nieve, a pesar de que la carretera y la acera están libres de ella. Decide entonces pedirle que le enseñe la suela de las botas, a lo que Doe accede, observando que se corresponden con la descripción de la particular huella hallada en la nieve. El agente considera entonces que existe causa probable de la comisión de un delito de extranjería y detiene al extranjero para entregarlo a la policía federal de fronteras. El derecho de Maine permite detener a una persona cuando exista causa probable de la comisión de “cualquier delito” de clase A, B, o C.<sup>177</sup> La entrada ilegal en el país se considera por el derecho federal como un delito leve de clase B.

<sup>177</sup> *Maine Revised Statutes*, tit. 17-A § 15(1)(A)(2), (1)(B).

A pesar de que *Arizona* censura en términos generales la ejecución directa del régimen *administrativo* de extranjería, creemos que es aún posible que los Estados persigan delitos federales tipificados en la legislación de inmigración cuando son fácilmente distinguibles de la simple estancia irregular, bien en su tipificación (p. ej., falsedad de los documentos de inmigración), o por las circunstancias de su comisión, como en el caso descrito.

*Ejemplo 3:* Juan Nadie se encuentra detenido y bajo custodia policial, acusado de consumir marihuana en un lugar público (un delito previsto en el Código Penal del Estado). Aún antes de la SB 1070 de Arizona, varias leyes estatales preveían que en estos supuestos se hiciera un ‘esfuerzo razonable’ para comprobar la situación administrativa de extranjería del detenido o preso preventivo (o condenado) contactando, en su caso, con la administración federal. En el contexto de la aplicación de la sec. 2(b) de la ley de Arizona, entraría en juego el mandato de su segundo inciso, que requiere la verificación de la situación administrativa de cualquier detenido “antes de su puesta en libertad.” Pues bien, el precepto puede ser interpretado, en primer lugar, como una exigencia de que el agente *inicie* las actuaciones de verificación de la situación administrativa de Juan Nadie mientras este está detenido. Si el agente no consigue completar esas actuaciones durante el tiempo en el que Juan está bajo custodia policial, podrá completarlas después, una vez que ha sido puesto en libertad en el momento procedente. En este caso nunca se prolongaría indebidamente la privación de libertad del detenido a los efectos de comprobar su estatus de extranjería.

Una segunda interpretación del precepto, más estricta, obligaría al agente a *iniciar y completar* las actuaciones de verificación de la situación administrativa de Juan Nadie durante su detención por haber conducido bajo los efectos del alcohol, de modo que sólo podría ser puesto en libertad una vez que se hubiera comprobado su estatus migratorio. Si se siguiera esta segunda interpretación, sí podría darse el caso de que se prolongara la detención a los solos efectos de investigar la situación administrativa de un extranjero, algo que es problemático, primero desde el punto de vista *competencial*, ya que transforma una simple participación incidental de los agentes en el marco del cumplimiento ordinario de sus funciones policiales en una ejecución directa del ordenamiento federal de extranjería que, según los tribunales, el legislador ha excluido. Y segundo, desde el punto de vista de las *garantías constitucionales* frente a las detenciones ilegales, porque una privación de libertad llevada a cabo por un agente estatal o local con el único propósito de verificar la situación administrativa de una persona carece, *per se*, de justificación legal.

*Ejemplo 3:* John Doe es parado por la policía cuando montaba en bicicleta por la acera (una infracción administrativa prevista en una ordenanza local). Sabemos que, en principio, estas intercepciones (*stops*) sólo pueden tener una corta

duración, “el tiempo razonablemente necesario para que pueda cumplirse el propósito” que sirvió de base para retener a la persona en primer lugar y que las diligencias policiales deben estar razonablemente relacionadas con dicho propósito (en nuestro ejemplo, el tiempo preciso para preguntar al ciclista sobre la propiedad de la bicicleta, comprobar que se cumplen las medidas de seguridad que estuvieren previstas y ponerle la multa o hacerle la correspondiente advertencia). Sin embargo, sabemos que los tribunales, ya antes de la ley de Arizona, habían venido avalando actuaciones que pueden llevar a cabo los agentes y que, en mayor o menor medida, sirven objetivos alejados de la simple sanción de la infracción administrativa cometida (la comprobación de antecedentes penales y de órdenes pendientes de detención y el interrogatorio sobre cuestiones ajenas al motivo de la intercepción) siempre y cuando “no prolonguen de modo apreciable la restricción de la libertad.”

La sec. 2(b) viene a añadir a lo ya antes existente una restricción en la discrecionalidad individual de los agentes estatales. Si Doe no puede exhibir ante los agentes ninguna identificación de las contempladas en la ley, los agentes están obligados a hacer un intento razonable de verificar la situación administrativa de la persona que está siendo ‘retenida’ si tienen una ‘sospecha razonable’ de que puede tratarse de un extranjero en situación irregular. Ahora bien, una vez terminado el propósito inicial de la intercepción de Doe, multarle, la simple sospecha de su situación irregular (una infracción administrativa de extranjería), no bastará para prolongar la restricción de la libertad ni, por supuesto, para llevar a cabo su detención. Por ello, sólo en el estrecho margen de tiempo que permite la ‘retención’ practicada en la vía pública, por causas independientes (p. ej., la infracción de una ordenanza por montar en bicicleta por la acera), puede la policía tratar de verificar la situación administrativa de una persona en cumplimiento de la sec. 2(b). Solo si en el curso de la interacción con el particular surge en la policía una sospecha acerca de la comisión de *otro* delito o infracción adicional (p. ej., surgen indicios de que la bicicleta ha sido robada o de que Juan lleva una pistola, o de que ha falsificado la ‘green card’ que ha presentado a los agentes) la ‘retención’ podrá prolongarse para continuar con las diligencias de investigación o podrá transformarse en ‘detención’ si existe ‘causa probable,’ y sólo entonces habrá más tiempo para verificar la situación administrativa del extranjero.

*Ejemplo 4:* John Doe trabaja en una gasolinera cuando una noche se detiene a repostar un vehículo de la policía estatal. Mientras uno de los agentes termina de repostar, el otro entra en la tienda para pagar. Pregunta a Doe qué tal lleva el turno y si está todo tranquilo, a lo que éste responde afirmativamente con su fuerte acento. El agente continúa, mirando a su chapa identificativa de empleado y preguntándole si su nombre es John Doe y de dónde procede. Ha entablado un ‘encuentro consentido’ con un particular, para el que no es precisa la existencia

de sospecha sobre actividad criminal alguna, y que no tiene naturaleza coactiva ni implica restricción de la libertad. No importa, como vimos, que el encuentro se produzca en un lugar de trabajo que el particular no puede abandonar. Al igual que cuando se produce en un avión o en un autobús, lo importante es que el particular se sienta libre para poner fin al encuentro en cualquier momento y pueda negarse a responder las preguntas sin otras consecuencias. Cuando el agente pregunta a Doe si está legalmente en los Estados Unidos, este responde evasivamente, generando en el agente la sospecha de que, en efecto, se trata de un inmigrante irregular. Pero el agente, sólo sobre la base de esa sospecha, no podrá transformar en encuentro consentido en una interacción coactiva, reteniendo a Doe para, por ejemplo tomar su carné de conducir y comprobar en el vehículo policial sus antecedentes o si tiene órdenes pendientes de detención o directamente contactar con las autoridades federales de inmigración para que comprueben su estatus. Recordemos que *Arizona* considera que el legislador federal ha reservado la ejecución del régimen administrativo de extranjería a la administración federal.

Cuestión distinta es si esas preguntas, inocuas en principio, sobre la identidad o el estatus migratorio revelan la comisión de un *delito* de extranjería (p. ej., que el extranjero a entrado ilegalmente en el país o que ha falsificado el número de la seguridad social para obtener el empleo en la gasolinera). En este último caso, como cuando las preguntas revelan la comisión de otro ilícito común, parece, en principio, que sí podría transformarse el encuentro consentido en ‘retención’ o, yendo más lejos, que se llevara a cabo una ‘detención,’ si se alcanza mayor grado de certeza.

## IV

---

### *No cooperación y ejecución coactiva*

HEMOS EXAMINADO EL alcance de la autonomía de ejecución para explicar qué posibilidades tienen los Estados de participar, de manera independiente y unilateral, en la ejecución del derecho federal de extranjería. Una autonomía, se insiste en ello, contingente, sujeta a la voluntad del legislador federal, que puede, ejercitando su poder preentivo, expulsar a los Estados de cualquier ámbito sustantivo de regulación e imponer un monopolio federal absoluto de las competencias de ejecución. Tornamos ahora nuestra atención hacia una reivindicación de la autonomía estatal de distinto signo, esta vez no con la finalidad, o el pretexto, de auxiliar en la ejecución del derecho federal de extranjería, para lograr una aplicación más eficiente y agresiva sino, por el contrario, con el propósito de no cooperar en la ejecución. Una manifestación de autonomía ‘pasiva,’ que va a plantear problemas propios y separados de los ejercicios de autonomía ‘activa’ que vimos en el capítulo anterior. La cuestión fundamental es saber si, en el ejercicio del poder, aparentemente, pleno que tiene el legislador federal para ordenar las competencias de ejecución, podría imponer coactivamente a los Estados su cooperación en la aplicación del régimen sancionador de extranjería. La respuesta no tiene misterio a estas alturas, pues hemos insistido en varias ocasiones en que la participación de los Estados en la aplicación del marco sancionador de extranjería se basa en una decisión *voluntaria*, ya se formalice y consensue a través de los cauces habilitados por el propio legislador federal, ya se emprenda esa participación de manera independiente y unilateral. Los Estados van a tener, pues, cierta capacidad de resistencia frente al legislador federal, cuando éste pretende forzar coactivamente su participación en la ejecución o administración del ordenamiento federal. Es fundamental, por tanto, estudiar esta característica esencial del federalismo de ejecución en los Estados Unidos y el papel que juega, en concreto, en materia de extranjería.

## A. La no cooperación en el contexto de las políticas de integración

En tiempos recientes,<sup>1</sup> bajo el objetivo común de facilitar la integración de los extranjeros en las comunidades en las que residen, Estados y entidades locales se han decidido a ensayar medidas que han tenido el efecto de construir un marco de protección para los inmigrantes irregulares residentes en su territorio. Así, varias ciudades (p. ej., San Francisco, New Haven) han facilitado documentos municipales de identidad a los extranjeros residentes, cualquiera que sea su situación administrativa, para que puedan acceder a los servicios locales, identificarse ante la policía local, o interactuar con terceros, si estos los admiten como medio de identificación (p. ej., para abrir una cuenta bancaria, cobrar un cheque o recoger un paquete de las oficinas postales); algunos Estados han permitido que los inmigrantes irregulares, y en especial los que se han beneficiado de las medidas administrativas que han diferido en el tiempo su expulsión (DACA), puedan obtener permiso de conducir, han reconocido su derecho a acceder a las ayudas estatales a la educación superior<sup>2</sup> y a prestaciones sanitarias, o les han permitido el ejercicio de profesiones reguladas.<sup>3</sup> Muchas de estas medidas corren el riesgo de entrar en conflicto con el ordenamiento federal y, por tanto, quedar sin efecto.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ramakrishnan y Gulasekaram, *The New Immigration Federalism*, pp. 120-27 señalan la proliferación de las medidas subfederales favorecedoras de la integración de los extranjeros a partir de 2012 como consecuencia de tres factores: la sentencia del Tribunal Supremo en *Arizona v. United States* en junio de 2012, las medidas adoptadas por el gobierno al poco tiempo por las que se suspendía la expulsión de determinadas categorías de extranjeros (DACA), y las elecciones presidenciales de noviembre de ese mismo año.

<sup>2</sup> El Tribunal Supremo prohibió que los Estados pudieran restringir el acceso a la educación básica, incluso a los inmigrantes irregulares, aunque no sobre la base de la distribución de competencias, sino en virtud de las garantías sustantivas que proporciona el principio de protección equitativa de las leyes (Decimocuarta Enmienda). *Plyer v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982).

<sup>3</sup> Para las medidas de integración más actuales, Ramakrishnan y Gulasekaram, *The New Immigration Federalism*, pp. 127-41, Motomura, *Immigration Outside the Law*, pp. 146-154. Para una referencia de las iniciativas anteriores, Rodríguez, “The Significance of the Local in Immigration Regulation,” pp. 581-609.

<sup>4</sup> El entramado de normas federales que deben sortear los Estados es denso. Así, se prohíbe, de modo general a los Estados y entes locales reconocer a los inmigrantes irregulares el derecho a cualquier “ayuda pública” salvo que el Estado lo haga expresamente mediante una norma aprobada al efecto, y se define “ayuda pública” como: “(A) any grant, contract, loan, professional license, or commercial license provided by an agency of a State or local government or by appropriated funds of a State or local government; and (B) any retirement, welfare, health, disability, public or assisted housing, postsecondary education, food assistance, unemployment benefit, or any other similar benefit for which payments or assistance are provided to an individual, household, or family eligibility unit by an agency of a State or local government or by appropriated funds of a State or local government.” Sec. 1621 USC

En todo caso, se trata, de nuevo, de un ejercicio de autonomía con el que el legislador nacional podría arramblar con un golpe de legislación.

Algunos autores han señalado que el conjunto de políticas puestas en práctica para la integración de extranjeros ha creado una verdadera ciudadanía subfederal *de facto*.<sup>5</sup> Algunas tentativas, no consumadas, han pretendido incluso atribuir *formalmente* la condición de ciudadanos del Estado a los extranjeros residentes, incluidos los irregulares,<sup>6</sup> llegando a reconocer como parte de ese estatus el dere-

8. Por tanto, cobertura sanitaria, ayudas a la educación superior, el derecho a acceder a profesiones reguladas u obtener una autorización de apertura de negocio o licencia comercial dependen de un reconocimiento expreso por parte del legislador estatal.

En especial, en lo relativo al permiso de conducir, y aunque la competencia para regularlos sigue siendo estatal, la *REAL ID Act* de 2005, estableció estándares mínimos que debían satisfacer los Estados en la expedición de los permisos para que pudieran ser aceptados a efectos oficiales por las autoridades federales. Significativamente, se exige para que pueda aceptarse que el Estado requiera prueba documental válida al solicitante de que se encuentra legalmente en los Estados Unidos. Pub.L. 109-13, Div. B, sec. 202. Algunos Estados han preferido expedir permisos a inmigrantes irregulares aun sabiendo que el permiso de conducir estatal no será reconocido como un medio de identificación válido ante las autoridades federales.

Por otra parte, la ley federal prohíbe que los Estados garanticen a los inmigrantes irregulares, por razón de residencia, el acceso a las tasas públicas universitarias en las mismas condiciones que el resto de residentes, si no se garantiza ese mismo derecho también a cualquier ciudadano de fuera del Estado. Sec. 1623 USC 8. Ello ha obligado a algunos Estados a operaciones de ingeniería legislativa para salvar sus normativas, p. ej., reconociendo el derecho a cualquiera que haya cursado estudios al menos tres años en un centro de educación secundaria situado en el Estado; puesto que no emplea el criterio de la residencia, el *California Supreme Court* declaró que no era contrario a la ley federal. *Martinez v. Regents of the University of California*, 241 P.3d 855 (Cal. 2010)).

<sup>5</sup> P. ej., Villazor, “Sanctuary Cities and Local Citizenship,” p. 59: “en conjunto, todas estas medidas de integradoras... han ayudado a convertir a los inmigrantes indocumentados en miembros de la comunidad local.” Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 560 “estas medidas [de integración] no son sólo pro-inmigrante. Al contrario, reflejan una solidaridad social y un sentido de pertenencia a la comunidad en aquellos que no pertenecen plenamente a la comunidad nacional. Conjuntamente, constituyen una forma de ciudadanía local para los extranjeros.” Ramakrishnan y Colbern, “The California Package,” p. 11 “al proporcionar a los inmigrantes irregulares mayores oportunidades de desarrollar su vida, a través de la asistencia sanitaria, la educación y la posibilidad de acceder a un empleo, oportunidades que expresamente el derecho federal les niega o deja desatendidas, [las medidas de integración] funcionan conjuntamente como una forma autónoma de ciudadanía estatal de facto ... y poseen la virtud de ser más flexibles al no estar confinadas en un estatus formal de ciudadanía.”

<sup>6</sup> P. ej., la S. 776, *New York is Home Act*, propuesta en 2014 y aún en tramitación. Ver Peter L. Markowitz, Ted Ruthizer, Peter Spiro y Rose Cruz Villazor, *Citizen of the State of New York*, NY Times – Room for Debate, disponible en <http://www.nytimes.com/roomfordebate/2014/06/24/is-state-citizenship-the-answer-to-immigration-reform/state-citizenship-is-a-national-solution-to-immigration-reform>.

cho de sufragio en elecciones estatales y locales. No podemos entrar aquí a analizar la compleja cuestión de las relaciones entre la ciudadanía estatal y federal, pero sí debemos detenernos en una cuestión. Para algunos, si bien los Estados en ningún caso pueden conferir la ciudadanía federal, la ciudadanía estatal o local se situaría en un ámbito de competencia exclusiva de los Estados o entidades locales, y sería, por ello, el resultado del ejercicio de un poder que la estructura federal necesariamente atribuye a los Estados y que el legislador federal tiene constitucionalmente prohibido desplazar (*preempt*).<sup>7</sup> Creemos que es muy aventurado afirmar tal cosa. *Primero*, como inmediatamente tendremos ocasión de ver, las protecciones constitucionales que los Estados encuentran frente al poder federal, sino inexistentes, no les garantizan ámbitos exclusivos de regulación o de iniciativa. *Segundo*, aún aceptado que la atribución formal de la condición de ciudadano estatal sea competencia exclusiva del Estado, no creemos que nadie pueda negar la posibilidad de que el legislador federal, cambiando el *estatus quo* actual que deja cierto espacio a los Estados, pueda prohibir definitiva y fatalmente medidas de integración como las arriba descritas.<sup>8</sup> Con lo que, sí, se podría atribuir formalmente la condición de ciudadano estatal, pero esa ciudadanía sería una cáscara vacía *de facto*, pues no transmitiría derecho alguno. *Por último*, en todo caso, la administración federal siempre conserva el poder para aplicar el ordenamiento de extranjería en el territorio del Estado y expulsar al extranjero que se encuentra irregularmente en los Estados Unidos, por mucho que haya sido investido de la condición de “ciudadano” estatal.

Varios Estados y numerosas entidades locales han emprendido una acción más directa de resistencia frente a los poderes federales, eliminando toda forma de cooperación o participación de sus aparatos administrativos en la aplicación del ordenamiento federal de extranjería. Son, como podrá imaginarse, las medidas que más nos interesa analizar ahora y a las que se ha englobado bajo la denominación de movimiento ‘santuario.’ Este movimiento nace en el contexto de la avalancha de refugiados y solicitantes de asilo que llegó a los Estados Unidos procedente de las repúblicas centroamericanas de Guatemala y El Salvador, a resultas de las guerras civiles que vivieron los dos países en la década de los años 80 y

<sup>7</sup> P. ej., Markowitz, “Undocumented No More” pp. 889-895, y Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 568.

<sup>8</sup> El propio Markowitz, “Undocumented No More” pp. 895-902, de forma un tanto contradictoria, se enfrasca en defender detalladamente que el poder estatal para atribuir la condición de ciudadano del Estado no ha sido desplazado por la legislación federal. Si constitucionalmente la atribución de la condición de ciudadano y los derechos que la acompaña son de competencia exclusiva del Estado, no hace falta analizar el alcance preentivo de la legislación federal, pues el poder del Estado es inmune y el legislador federal no puede desplazarlo.



de la respuesta que dio el gobierno federal. En la mayor parte de los casos se rechazaron las solicitudes de asilo argumentando que eran razones económicas, y no de persecución política, las que habían motivado la salida del país y la resistencia a volver. Sin duda, en esa actitud tuvo un peso importante el deseo del *Department of State* de no tachar como regímenes represores y dictatoriales aquellos gobiernos que la misma política exterior norteamericana había apoyado, frente al comunismo, tanto en Guatemala como en El Salvador.<sup>9</sup> Varios centros de culto a lo largo de Estados Unidos, con el apoyo de iniciativas individuales, comenzaron a dar cobijo y asistencia a aquellos que esperaban a que sus solicitudes de asilo se resolvieran o que ya las habían visto rechazadas, iniciando lo que sería conocido como *Central American Sanctuary Movement*.<sup>10</sup> La respuesta de las autoridades federales a estas iniciativas privadas, fue acusar a los responsables del delito, ya entonces contemplado en la legislación federal, de amparar y dar protección a un extranjero en situación irregular, previsto en la sec. 1324(a) INA 8.

Lo que en sus inicios había sido una iniciativa privada, que planteaba un problema de separación entre Iglesia y Estado, pronto se transformó en un potencial conflicto para el sistema federal, ya que varios Estados y entidades locales comenzaron a aprobar normativas que declaraban a la ciudad o al Estado ‘santuario,’ ‘refugio’ o lugar ‘de paz’ y que en la mayor parte de los casos iban más allá, prohibiendo que cualquier empleado público solicitara o divulgara información relativa a la nacionalidad o situación administrativa de extranjería de una persona. Hoy, modificadas para matizar y/o ampliar las prohibiciones o restricciones (por ejemplo, para incluir la prohibición de practicar detenciones por infracciones de extranjería o de cumplir con los llamados *detainers*, librados por las autoridades federales), muchas de ellas permanecen vigentes, y los problemas que plantean para el reparto de competencias en materia de extranjería van a ser examinados en las próximas páginas. Baste ahora con dejar tratada una cuestión más general que surge del hecho de que estas prácticas de no cooperación en la ejecución de la normativa federal de extranjería se han formalizado de muy diversa manera y se han vehiculado a través de diversos instrumentos de variada naturaleza y eficacia jurídica: resoluciones, ordenanzas, órdenes ejecutivas (*executive orders*), leyes estatales u órdenes o instrucciones administrativas internas de agencia o departamento.

Es importante precisar si la política de no cooperación se ha adoptado en virtud de un instrumento vinculante o no, ya que el efecto preentivo de la normativa

<sup>9</sup> Herrin, *From Colony to Super Power*, pp. 884-893, y Martin, *A nation of immigrants*, pp. 220-50.

<sup>10</sup> En el momento álgido del movimiento, contaba con 100 iglesias y sinagogas y entre 20.000 y 30.000 miembros. Villazor, “What is a ‘Sanctuary’?,” pp. 141

federal sólo se produce cuando se trata de instrumentos vinculantes. La clara naturaleza normativa de las leyes y de las ordenanzas disipa cualquier duda sobre su carácter obligatorio, pero más problemático resulta clasificar las resoluciones (*resolutions*), que pueden aprobarse con una mínima formalidad y sin las exigencias procedimentales exigidas para las ordenanzas, y son empleadas habitualmente no con una finalidad normativa *ad extra*, sino para expresar un deseo, propósito u opinión de la corporación local (como cuando se rinden honores a quien ha sido residente en la ciudad), con vocación esencialmente temporal o para regular cuestiones de mera gestión o de funcionamiento interno (p. ej. el procedimiento que debe observarse en el *city council*). Parece difícil encajar en estas funciones de mera gestión las prácticas de no cooperación con las autoridades federales<sup>11</sup> tanto por la naturaleza política de la decisión como por los claros efectos *ad extra* que tiene en las relaciones entre la entidad local y los poderes federales. En el mismo sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto la tendencia de los tribunales a exigir que se emplee una ordenanza para cuestiones de regulación primaria o naturaleza legislativa y no meramente administrativa. No obstante, esa misma jurisprudencia ha considerado que no es determinante de la eficacia la denominación del instrumento que se haya empleado y ha convalidado aquellas resoluciones que se han aprobado respetando las exigencias procedimentales previstas para las ordenanzas.<sup>12</sup> Parece pues, que el camino más seguro para las prácticas de no cooperación es la ordenanza y no la resolución.

Ya en su momento tuvimos ocasión de mencionar la importancia que tienen las *Executive Orders* del Presidente y el reciente papel que han jugado en transformar el derecho de extranjería en los Estados Unidos. También el Alcalde de la ciudad y el Gobernador del Estado pueden emplear *executive orders*, normalmente con vocación *ad intra* de la propia organización administrativa del gobierno local o estatal, dirigidas a sus agencias o autoridades para que lleven a cabo alguna acción, dejen de actuar de una determinada manera, alteren una práctica de gestión o cambien una determinada política.<sup>13</sup> Son instrumentos, por tanto, que si bien son vinculantes para sus destinatarios, sólo indirectamente afectan a sujetos privados. No obstante, es claro que los particulares pueden tener interés en que se respete su cumplimiento (sólo piénsese en el caso que nos ocupa). Pues bien, tal y como ha recordado la doctrina, los tribunales son muy reticentes a admitir que los particulares puedan invocar directamente una *executive order* ante

<sup>11</sup> Pham, "The Constitutional Right Not to Cooperate," pp. 1388.

<sup>12</sup> Reynolds, *Local Government Law*, pp. 222-26. En este sentido, Carro, "Municipal and State Sanctuary Declarations," puso de manifiesto, en referencia a la primera generación regulaciones locales, que se aprobaron "respetando las formalidades de promulgación propias de las actuaciones normativas."

<sup>13</sup> Cooper, *By Order of the President*, pp. 21-5.

un órgano jurisdiccional.<sup>14</sup> Tanto o más difícil es la invocabilidad de simples prácticas internas adoptadas por una agencia o departamento estatal o local (habitualmente, por su máxima autoridad, en nuestro caso el *Chief of police* o *Sheriff*), en relación con el modo en que debe cumplir con sus funciones y aplicar una normativa. Aprobadas a través de procedimientos escasamente formalizados, materializados como memoranda o directrices, es habitual que se hagan públicos y, desde luego, poco puede dudarse de su eficacia *ad intra*, respecto de los empleados de la agencia o departamento, quienes pueden llegar a incurrir en responsabilidad disciplinaria por su incumplimiento.<sup>15</sup>

La diferencia sustancial con las iniciativas más modernas que hemos repasado al comienzo de este apartado,<sup>16</sup> es que implican una verdadera resistencia (pasiva) frente a la tendencia de los poderes federales a fomentar la cooperación, bajo sus supervisión, en la ejecución de la legislación de inmigración, y a favorecer y facilitar los flujos de información desde los Estados y entes locales hacia la propia administración federal. la autonomía de ejecución se reclama ahora precisamente para no cooperar en la ejecución. Por ello, algunos autores han destacado que mientras que medidas como reconocer el derecho a acceder a determinados servicios públicos o facilitar documentos de identidad o permisos de conducir o incluso el derecho de voto a los inmigrantes en situación irregular encajan bien en las funciones tradicionales de autogobierno local o estatal y son ajenas al derecho federal de extranjería, las medidas refractarias a facilitar cualquier cooperación tienen por objeto frustrar las políticas federales y, por naturaleza, entran en conflicto con la regulación federal.<sup>17</sup> Sin embargo, contra todo pronóstico en un modelo federal como el que ha prevaleció en los Estados Unidos a partir del New Deal, caracterizado por la ausencia de rigideces constitucionales que limiten el poder federal o inmunicen a los Estados frente a su acción (y, a la inversa, que calcifique ámbitos sustantivos de regulación reservándolos en exclusiva al legislador federal), resulta que la no cooperación de los Estados en la ejecución del derecho federal de extranjería ha encontrado una protección estructural, una rigidez introducida por el Tribunal Supremo en los años 90 que limita el poder del legislador para ordenar verticalmente las competencias de ejecución, con la que

<sup>14</sup> Mashaw, Merrill y Shane, *Administrative Law*, pp. 263-66.

<sup>15</sup> Véase, *p. ej.*, *Crane v. Napolitano* 920 F.Supp.2d 724 (N.D.Tex. 2013), p. 739, si bien en el contexto del memorándum aprobado por el *Attorney General* sobre ejercicio de la discrecionalidad en la aplicación de la legislación federal de extranjería.

<sup>16</sup> Seguimos a Villazor, “What is a ‘Sanctuary’?,” pp. 151-54, quien prefiere reservar la expresión “refugio” (*sanctuary*) para las políticas de resistencia a la cooperación, frente a otras normativas estatales o locales que no pretenden incidir directamente en materia de inmigración, y que afectan a funciones propiamente subfederales, como las prestaciones sanitarias, el pago de la matrícula educativa, el derecho de alquiler o de compra de inmuebles etc.

<sup>17</sup> Spiro, “Formalizing Local Citizenship,” p. 566.

no cuentan, en cambio, el resto de las medidas de integración que reconocen derechos y regulan la esfera jurídica de los extranjeros. Veámoslo.

## **B. El valor constitucional de la autonomía estatal: de la cooperación a la coerción**

Los Estados que pretenden participar unilateralmente en la aplicación del régimen nacional de extranjería tratan de explotar los elementos contingentes del sistema federal; tratan, en definitiva, de escurrirse por entre las costuras de la legislación para defender un poder inherente y residual. El legislador, de un solo golpe, podría acabar con esas incursiones o, al contrario, rasgar el tejido normativo para permitir una implicación mucho mayor. En cambio, cuando se trata de resistir la coacción federal, los Estados (y entidades locales, que a efectos de su relación con los poderes federales no tienen una existencia separada de aquellos),<sup>18</sup> van a recurrir a una de las pocas protecciones estructurales que ofrece la Constitución a la autonomía estatal y que el Tribunal Supremo ha decantado de la Décima Enmienda. Una protección que el legislador federal no puede vencer directamente aunque, como veremos, sí podrá sortear recurriendo a otros medios para “motivar” a los Estados a cooperar.

### **1. La autonomía estatal en el federalismo cooperativo**

El modelo dual que prevaleció en el federalismo de los Estados Unidos hasta los años 30 se fundamentaba en la necesidad de articular las relaciones entre los Estados y la Federación a base de construir ámbitos competenciales separados y

<sup>18</sup> Como tendremos ocasión de reiterar más adelante, en efecto, las entidades locales son vistas, principalmente como instrumentos subordinados del Estado, y sus actuaciones son tratadas como actos estatales en lo concerniente a las relaciones federales. Por ello, los mismos principios que definen la naturaleza de las relaciones entre el poder nacional y los Estados, y que delimitan sus respectivas competencias, se aplican también a la relación entre la Federación y los gobiernos locales y a las cuestiones sobre el impacto de la legislación federal en la normativa municipal. No debe extrañar al lector, por tanto, que muchos de los asuntos que vamos a estudiar en este epígrafe y que tratan de definir las restricciones constitucionales de lo que el legislador nacional puede o no hacer respecto de los Estados (y, en especial, las restricciones impuestas por la Décima Enmienda), así como las doctrinas construidas, vía jurisprudencial, sobre el alcance de los poderes estatales y el efecto preentivo de la legislación federal, sean asuntos cuyo objeto lo constituyen, en verdad, actuaciones llevadas a cabo por entidades locales o esferas de competencia estrictamente municipal. Ver *infra* F.2.

exclusivos. En este sentido, la Décima Enmienda a la Constitución<sup>19</sup> se empleó activamente por el Tribunal Supremo para construir zonas reservadas al control exclusivo estatal y protegerlas frente a cualquier injerencia de los poderes federales.<sup>20</sup> La incapacidad para trazar líneas divisorias practicables y la inmensa transformación constitucional de los años 30 acabo con el dualismo y con el protagonismo de la Décima Enmienda como límite independiente del poder federal. El Tribunal Supremo aceptaba con ello un poder federal pleno y absoluto para regular la economía rechazando simultáneamente considerar la Décima Enmienda como un límite independiente al poder del legislador, viendo la cláusula como un mero recordatorio de que el Congreso puede regular sólo si la Constitución le reconoce competencia para hacerlo.<sup>21</sup>

Durante las décadas posteriores, el modelo federal no ofreció un límite articulable frente al poder del legislador nacional. En ese largo período, tan sólo en una ocasión el Tribunal despertó de su letargo a la Décima Enmienda para invalidar una ley federal, expresando cierto recelo respecto a la regulación federal de los Estados como tales Estados y afirmando la existencia de ámbitos sustantivos de responsabilidad exclusiva de los Estados. Así, en *National League of Cities v. Usery*,<sup>22</sup> se declaró inconstitucional la aplicación de las exigencias relativas al salario mínimo contenidas en la *Fair Labor Standards Act* a los empleados estatales y locales. Ello, dirá el Tribunal, es contrario a la Décima Enmienda porque la ley federal “desplaza directamente la libertad de los Estados para estructurar íntegramente sus actuaciones en ámbitos tradicionalmente asignados a su gobierno y administración.”<sup>23</sup> Siguiendo un razonamiento propio del federalismo dual, el Tribunal Supremo construyó un espacio reservado en exclusiva al control de los Estados, que los tribunales debían administrar y proteger frente a cualquier intrusión federal. La competencia para regular los salarios de aquellos empleados que desempeñan funciones públicas tradicionalmente atribuidas a los Estados (p.

<sup>19</sup> Enm. X U.S. Const.: “Los poderes que la Constitución no delegue a los Estados Unidos ni prohíba a los estados quedan reservados a cada uno de los estados o al pueblo.”

<sup>20</sup> Así, si el comercio interestatal era competencia federal, la producción y manufactura eran competencias exclusivas de los Estados que la Federación no podía regular. *P. ej.*, *Hammer v. Dagenhart* (The Child Labor Case), 247 U.S. 251 (1918), p. 276.

<sup>21</sup> La Décima Enmienda es demasiado débil para constituirse en una barrera impenetrable contra la regulación federal. Es, simplemente, el recordatorio de una obviedad, “que todo aquello que no se ha cedido por la Constitución, se retiene por los Estados.” *United States v. Darby*, 312 U.S. (1941), p. 124.

<sup>22</sup> 426 U.S. 833 (1976).

<sup>23</sup> *Id.*, p. 851.

ej., “prevención de incendios, protección policial, salubridad, salud pública, cuidado de parques e instalaciones recreativas”)<sup>24</sup> es exclusiva de los Estados, mientras que otros trabajadores que desempeñan funciones en ámbitos en los que tradicionalmente no han actuado los Estados (p ej., transporte ferroviario) quedan sometidos a la regulación federal. La Décima Enmienda debe servir como un escudo protector de los ámbitos de competencia estatal y como un límite de los poderes del legislador.

Poco esfuerzo habría hecho falta para incluir en ese espacio inmune a la injerencia federal el poder de los Estados (y entidades locales) para regular las funciones de sus empleados y, por tanto, preservar frente al legislador estatal cualquier normativa que impusiera la no cooperación en la ejecución de la legislación federal de extranjería. Sin embargo, en menos de diez años, en los que no se volvería a emplear la Décima Enmienda para declarar la inconstitucionalidad de una ley federal, el Tribunal Supremo se retractó expresamente y abandonó su tentativa de resucitar a la Décima Enmienda como guardiana de la autonomía estatal en *García v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*.<sup>25</sup> Nuevamente cuestionada la aplicación de la *Fair Labor Standards Act* a las administraciones estatales y locales, el tribunal rechazó que se violara la Décima Enmienda y declaró que la perspectiva adoptada en *Usery* sobre la existencia de una inmunidad estatal, administrada judicialmente, frente a la regulación federal, era inviable en la práctica y errónea desde un punto de vista teórico.<sup>26</sup> La protección de las prerrogativas estatales debe dejarse en manos del procedimiento de adopción de decisiones, en el cual participan los Estados (el Senado preserva los intereses de los Estados garantizando que todos tienen la misma representación), los cuales pueden prevenir la adopción de normas que violen sus competencias.<sup>27</sup> En definitiva, la regulación de los empleados estatales pertenece a la competencia concurrente de los estados y de la federación.

## 2. El renacer de una protección constitucional limitada de la autonomía: la *anticommandeering rule*

Abstracción hecha de *Usery*, puede afirmarse sin demasiado temor a errar que tras el New Deal, y hasta comienzos la década de los 90, si el legislador federal hubiera tenido intención de forzar a las administraciones estatales y locales a

<sup>24</sup> *Id.*, p. 852.

<sup>25</sup> 469 U.S. 528 (1985).

<sup>26</sup> *Id.*, pp. 545-547.

<sup>27</sup> *Id.*, p. 551

cooperar en la ejecución del ordenamiento de extranjería, o al menos a no obstruir la ejecución por la administración federal, le habría bastado con aprobar legislación obligando a los Estados a cumplir con sus deseos. Es más, tal y como se ha señalado por algunos autores, el modelo cooperativo nacido en los años 30, que implicó una generalización del ejercicio concurrente de poderes regulatorios para alcanzar objetivos comunes y de la interdependencia administrativa entre instancias de gobierno que se consideraban situadas en régimen de igualdad, experimentó una progresiva jerarquización, en la que el poder federal monopoliza progresivamente la capacidad de decisión política y emplea distintas técnicas coercitivas para persuadir a los Estados de que cooperen en la ejecución.<sup>28</sup> Entre esas técnicas de coerción, destacan la imposición de condiciones a las ayudas federales directas en forma de subvenciones, los mandatos de actuación dirigidos al legislador o a la administración estatal, y el empleo agresivo por el legislador federal de su poder preentivo de las facultades regulatorias estatales.<sup>29</sup>

Sin embargo, a partir de los años 90, el Tribunal Supremo trató, aparentemente, de moldear un nuevo federalismo dual. Para ello, debía introducir rigideces en un sistema que desde los años 30 había abandonado todo intento de trazar demarcaciones estrictas de competencias y había aceptado una amplia concurrencia, cooperación e interdependencia de los poderes estatales y federales. La operación exigía (aunque no sólo),<sup>30</sup> embridar el poder federal, para lo cual el Tribunal actuó en tres direcciones: limitando el alcance de la Cláusula de Comercio, reforzando la inmunidad de jurisdicción de los Estados frente a acciones de responsabilidad de los particulares presentadas ante los tribunales federales y recuperando la Décima Enmienda de la Constitución como límite estructural a la acción de los poderes federales y como percutor de un espacio constitucionalmente reservado a la autonomía estatal. Este último aspecto de la revolución para el modelo federal que se alumbraba es el que ahora más nos interesa. Aunque, como enseguida se comprobará, la autonomía estatal protegida nacida de él va a tener otro significado.

<sup>28</sup> Elazar, "Cooperative Federalism," p. 68.

<sup>29</sup> Kincaid, "Three faces of contemporary American federalism," pp. 70-72. Sobre la utilización por la presidencias conservadoras de las técnicas coactivas enumeradas en el texto principal, desde Reagan hasta George W. Bush, Robertson, *Federalism and the Making of America*, pp. 151-53.

<sup>30</sup> Exigía también, como vimos en el capítulo 1, restringir el poder de los Estados, reforzando el efecto preentivo de la legislación federal y la noción de exclusividad federal en determinadas materias (p. ej., comercio interestatal o asuntos de exterior) aunque el alcance de esos límites impuestos al poder de los Estados no es muy claro, como también tuvimos oportunidad de señalar.

Indicación de que las cosas podían estar cambiando, otra vez, en *Gregory v. Ashcroft* el Tribunal concluyó que cuando el legislador federal pretendiera regular actividades importantes de los Estados que “afecten al corazón mismo del gobierno representativo” (en el caso, la edad de jubilación de los jueces) debía hacerlo mediante una declaración inequívoca de su voluntad de que se aplique la ley federal.<sup>31</sup> Pero, nótese, no se niega en ningún momento que el legislador tenga competencia para actuar y no se afirma en ningún momento que los Estados estén inmunizados frente a su poder preentivo.

En *New York v. United States*,<sup>32</sup> manejando nuevamente la idea de la existencia de ámbitos exclusivos de prerrogativa estatal, el Tribunal Supremo declaró contraria a la Décima Enmienda e inconstitucional, una ley federal que imponía a los Estados la obligación de regular el régimen de almacenamiento y eliminación de los residuos radioactivos (como, p. ej., baterías, pilas, detectores de humo, determinados equipos médicos), de acuerdo con las directrices fijadas en la norma nacional. La ley no sólo contemplaba incentivos económicos para los Estados que cumplieran con la normativa federal y les habilitaba para grabar fiscalmente los residuos procedentes de otros Estados, sino que iba más allá declarando al Estado propietario de los residuos radioactivos producidos en el Estado y que no fueran eliminados o almacenados en la forma prevista por la normativa federal y responsable de los daños que directa o indirectamente pudieran causar. Esta última previsión es la problemática. El legislador no puede *coaccionar* a los Estados para que regulen de acuerdo con las instrucciones dadas por el Congreso. En el modelo federal de los Estados Unidos la Décima Enmienda y los propios límites al alcance de los poderes federales que resultan del Art. I impiden que la Federación pueda apropiarse del aparato regulatorio del Estado imponiendo que implemente o desarrolle la legislación federal. Si pudieran hacerlo, “serían los cargos electos estatales los que asumirían la responsabilidad política frente a los electores, y los que serían objetivo de su desaprobación, mientras que los cargos electos federales que han diseñado el marco regulador permanecerían aislados de las consecuencias electorales de sus propias decisiones,” en definitiva la responsabilidad política se vería tergiversada “si como consecuencia de la coerción federal, los cargos electos estatales no pudieran regular de acuerdo con las preferencias de su propio electorado, en ámbitos en que no han sido desplazados (*pre-empted*) por la legislación federal.”<sup>33</sup> Todo lo dicho no significa que el legislador carezca de la capacidad para motivar a los Estados a regular en un determinado sentido, o que no pueda ofrecer incentivos a los Estados como método para influenciar la definición de sus políticas de un Estado. Como veremos más adelante,

<sup>31</sup> 501 U.S. 452 (1991), pp. 460-64.

<sup>32</sup> 505 U.S. 144 (1992).

<sup>33</sup> *Id.*, p. 173.



el tribunal reconoce expresamente la capacidad del legislador para imponer condiciones a la participación de los Estados y entidades locales en programas subvencionados federales y para ejercitar limitadamente su poder preentivo bajo la amenaza de regular directa y exhaustivamente, con exclusión del Estado, la materia de que se trate.<sup>34</sup>

### 3. La *anticommandeering rule* y las competencias estatales de ejecución: *Printz* y *Condon*

De particular interés para nosotros es el siguiente paso que dio el Tribunal al expandir el alcance de la *anticommandeering rule*<sup>35</sup> prohibiendo que la administración o el legislador federal puedan imponer a los Estados la *ejecución material* del ordenamiento federal. En *Printz v. United States*,<sup>36</sup> se planteó si la *Brady Handgun Violence Prevention Act* vulneraba la Décima Enmienda al requerir de las autoridades policiales estatales y locales la verificación de los antecedentes penales de todos aquellos particulares que quisieran comprar un arma de fuego. El Tribunal declaró la ley inconstitucional “porque los poderes federales no pueden obligar a los Estados a implementar, mediante actos normativos o *de ejecución*, programas regulatorios federales.”<sup>37</sup> El tribunal atribuye un peso importante en su razonamiento al elemento histórico y a la voluntad de los constituyentes.<sup>38</sup> Centrándonos en los argumentos anclados en la estructura constitucional, de acuerdo con la sentencia, la coerción ejercida sobre los Estados quebranta el principio de “soberanía dual,” conforme al cual cada Estado debe quedar libre de

<sup>34</sup> Ver *infra*, E.2 y 3 respectivamente.

<sup>35</sup> Como habrá observado el lector, a lo largo del texto se ha procurado no emplear expresiones en inglés cuando existe terminología equivalente en español. No obstante la traducción que creemos más adecuada para *anticommandeering rule*, como principio anti-coerción, es inexacta, pues las alternativas a los mandatos de actuaciones normativas o de ejecución, como son la amenaza que implica el ejercicio del poder preentivo del legislador federal o la imposición de condiciones (normativas o de ejecución) a la percepción de fondos federales, puede implicar tanta o más coerción que el propio mandato directo que el principio prohíbe. Sobre la evolución de una *anticommandeering rule* a un principio anti-coerción, empleado en sentido estricto, Coan, “Commandeering, Coercion, and the Deep Structure of American Federalism,” pp. 6-13.

<sup>36</sup> 521 U.S. 898 (1997).

<sup>37</sup> *Id.*, p. 925.

<sup>38</sup> Algo que ya antes había analizado críticamente Prakash, “Field Office Federalism,” pp. 1990-2006, para concluir que desde un punto de vista histórico hay argumentos para considerar que si bien la voluntad del constituyente fue excluir la imposición de obligaciones sobre el legislativo estatal, fue también la de permitir que los poderes federales pudieran emplear las estructuras administrativas estatales para la ejecución del derecho nacional.

la interferencia del legislador en su capacidad “para representar a sus electores y ser responsable frente a ellos.” La Constitución confiere competencia al legislador “para regular las personas, no los Estados.”<sup>39</sup> El tribunal rechaza que el supuesto planteado en *Printz* pueda distinguirse del resuelto en *New York*; al contrario, no hay diferencia entre coaccionar para que se tome una decisión de política legislativa en un determinado sentido y para que se asista en la ejecución material de la ley.<sup>40</sup> Por ello, los problemas que presenta son similares: “al forzar a las administraciones estatales a absorber el coste económico de ejecutar un programa federal, el legislador federal puede atribuirse el crédito por haber ‘solucionado’ problemas sin tener que pedir a sus electores que paguen por ello con impuestos federales más altos.” E incluso cuando no se fuerza a los Estados a absorber tales costes, concluye el tribunal “aún se les puede hacer responsable de cualquiera carga burocrática o error que perjudique al administrado”<sup>41</sup> Por otra parte, el tribunal distingue expresamente la incorporación coactiva de los empleados estatales a la administración de un marco regulatorio federal, de la exigencia, derivada de la Cláusula de Supremacía, de que los aparatos judiciales estatales apliquen el ordenamiento federal,<sup>42</sup> así como de aquellas normativas federales que se limitan a solicitar de los Estados que permitan a sus empleados públicos aplicar el derecho nacional (es decir, una cooperación *voluntaria*).<sup>43</sup> El Tribunal, como ya sabemos, también declaró inconstitucional la ley porque vulneraba la separación horizontal de poderes, aunque un análisis pormenorizado de esta parte de la sentencia ya se ha hecho en otro lugar.<sup>44</sup>

Completa la construcción de la *anticommandeering rule* el asunto *Reno v. Condon*<sup>45</sup> en el que el Tribunal va a hacer una criba en su doctrina, que no por anunciada en los casos anteriores, es menos importante a los efectos que nos trae

<sup>39</sup> *Printz*, 521 U.S. p. 920.

<sup>40</sup> *Id.*, p. 927-29.

<sup>41</sup> *Id.*, p. 930. Para una crítica reciente al argumento de la distorsión de la responsabilidad política esgrimido tanto en *New York* como en *Printz*, véase Coan, “Commandeering, Coercion, and the Deep Structure of American Federalism,” pp. 13-18.

<sup>42</sup> Aunque véase la aparente contradicción con esta afirmación, por lo demás admitida por la doctrina de forma unánime, de *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), en la que el Tribunal rechaza obligar a los tribunales de Texas, a pesar de la orden presidencial directa de que lo hicieran, a conocer de un asunto que habían considerado inadmisible por defecto de procedimiento. Aunque el TS no apoya su argumentación en la *anticommandeering rule*, si juega un papel relevante en la sentencia de instancia, en concreto en el voto concurrente del presidente del *Court of Criminal Appeals of Texas*. Ex Parte *Medellin*, 223 S.W.3d 315 (Tex.Crim.App. 2006), pp. 353-56.

<sup>43</sup> *Printz* 521 U.S., pp. 905-909.

<sup>44</sup> Ver Cap. II, A.2.

<sup>45</sup> 528 U.S. 141 (2000).

aquí. Al contrario que *New York y Printz*, fue un pronunciamiento unánime en el que, confirmando las reglas que habían quedado ya sentadas,<sup>46</sup> rechazó sin embargo la impugnación de la *Drivers' Privacy Protection Act*. La ley regula el tratamiento de la información personal contenida en los registros de las administraciones estatales de tráfico, prohibiendo la difusión o transmisión de la misma en determinadas circunstancias y exigiéndola en otras. Al avalar su constitucionalidad, el tribunal destaca que la ley federal en cuestión impone una *prohibición de conducta*, que se dirige al Estado en cuanto responsable de su propias bases de datos, pero no un mandato positivo; es decir, no exige que legislador estatal apruebe ninguna norma, ni requiere de las administraciones de los Estados que auxilien en la ejecución del ordenamiento federal. Parece, pues, que el tribunal equipara obligación de abstención (es decir, prohibición) con preención, y ya había anunciado en *New York y Printz* que la *anticommandeering rule* dejaba incólume el poder preentivo del legislador. De esta forma, la coerción prohibida sería aquella que implica la imposición de una obligación de hacer, mientras que la preención, permitida, no exigiría actuación alguna (aunque, por supuesto puede tener también carácter coactivo, p. ej., una prohibición acompañada de sanciones para las autoridades estatales que la incumplan).<sup>47</sup> Se trata, además, de una regulación de “alcance general,” que disciplina tanto las actuaciones de la administración pública estatal como la conducta de los particulares que hayan obtenido de ella la información y que pretendan difundirla o volver a ponerla a la venta.<sup>48</sup> Para el tribunal, estas características de la ley sirven para confirmar íntegramente su constitucionalidad, incluyendo aquellas disposiciones de la misma que imponen a los Estados la *obligación* (positiva) de hacer pública la información personal en determinadas circunstancias. La posibilidad de que se pueda exigir a los Estados la comunicación de información a la administración federal en determinadas circunstancias se discutirá más tarde en el contexto específico de la política migratoria, donde cobra una especial importancia ya que una parte importante de los esfuerzos de los Estados para no cooperar con la administración federal se ha centrado precisamente en sustraer información personal que pueda ser utilizada para identificar y localizar a los extranjeros en situación irregular.

<sup>46</sup> *Id.*, p. 151.

<sup>47</sup> Sobre el paralelismo acción/inacción y coacción/preención, Adler y Kreimer, “The New Etiquette of Federalism,” pp. 89-95. Algunos autores han destacado, sin embargo, la dificultad para distinguir entre prohibición y obligación. Así, la *Driver's Protection Act* confirmada en *Condon* podría caracterizarse como la imposición de una obligación positiva de mantener reservada determinada información, mientras que la *Brady Act*, anulada en *Printz*, podría entenderse como una prohibición de expedir licencias de armas sin haber comprobado previamente los antecedentes penales. Chemerinsky, *Constitutional law*, p. 326.

<sup>48</sup> *Id.*, p. 146

#### 4. Hacia un nuevo significado de la autonomía estatal

A la vista de la doctrina del Tribunal Supremo, puede concluirse resumiendo que la *anticommandeering rule* determina la inconstitucionalidad de aquellas leyes federales que *a)* impongan exigencias exclusivamente sobre autoridades estatales o locales, en lugar de tener un alcance general y ser aplicables tanto a particulares como a quienes ejerzan funciones públicas, *b)* coaccionen directamente la actuación de los poderes normativos o ejecutivos estatales, en lugar de emplear la persuasión que implica imponer condiciones a la recepción de fondos federales, *c)* impongan mandatos dirigidos al legislador o a la administración estatal, en lugar de al poder judicial, *d)* pretendan controlar o influenciar la manera en que los Estados regulan la conducta de los particulares o impongan la asistencia de la administración estatal en la aplicación de normas federales, en lugar de regular directamente la esfera jurídica de los particulares excluyendo (*preemption*) toda intervención estatal, o condicionándola a respetar los estándares previstos por el legislador federal, *e)* impongan una obligación positiva de acción, en lugar de una exigencia de inacción en forma de prohibición, *f)* no limitarse a regular a los Estados en cuanto titulares de bases de datos.

Pero, ¿qué tipo de autonomía ha recuperado para los Estados esta línea jurisprudencial? Conviene tener claro que la doctrina *anticommandeering* es, en gran medida, ineficaz para proteger las capacidades regulatorias de los Estados. La autonomía que ha construido el Tribunal Supremo no garantiza a los Estados la competencia para regular la esfera jurídica de los particulares en ningún ámbito sustantivo.<sup>49</sup> El legislador federal siempre conserva su poder para desplazar la competencia estatal en ejercicio de su poder normativo, que el propio Tribunal Supremo ha ampliado de tal forma que no hay ámbito material que quede fuera de su alcance. Si un Estado rehúsa poner su maquinaria administrativa al servicio de la ejecución del Derecho federal el legislador puede obligar al Estado a que se eche a un lado empleando el marco normativo federal, y puede poner a trabajar la propia maquinaria burocrática federal para aplicar en el territorio del Estado, con mayor o menor grado de desconcentración dependiendo de las necesidades, el ordenamiento nacional. Por ello, no conviene olvidar que la administración federal siempre podrá aplicar el ordenamiento de extranjería en toda su extensión y con toda intensidad en el territorio del Estado o municipio de que se trate, empleando su propia estructura administrativa. No obstante, dada la inmensidad de la tarea de perseguir a más de once millones de inmigrantes irregulares, creemos

<sup>49</sup> En este sentido, *p. ej.*, Merritt, “Three Faces of Federalism,” p. 1571 y Schapiro, *Polypionic Federalism*, p. 59.

haber insistido de manera suficiente en la necesidad de contar con la cooperación de las administraciones estatales y locales.

Es más, aunque la doctrina prohíbe, en buena medida, la posibilidad de que se imponga al legislador estatal la obligación de implementar o a las administraciones estatales la obligación de aplicar el ordenamiento federal, el legislador siempre puede poner un precio a los servicios de las administraciones estatales, condicionando la percepción de fondos federales a su cooperación (*conditional spending*) o puede amenazar con emplear su poder preentivo (*conditional preemption*) a los efectos de incentivar o motivar a los Estados para que se pongan a su servicio, lo que disminuye aún más la intensidad de las exigencias impuestas. En fin, una cosa está clara, la *anticommandeering rule* no devuelve a la Décima Enmienda la agresividad que tenía en los tiempos previos al New Deal, ni sirve para forjar con ella espacios materiales de regulación reservados a la exclusiva iniciativa de los Estados. Por el contrario, su principal propósito es impedir toda aquella interferencia del poder federal que tenga como efecto alterar la relación del gobierno estatal con sus electores y que permita a aquel externalizar la responsabilidad política y económica de sus decisiones.<sup>50</sup> Por ello, basta con que formalmente el Estado tenga la posibilidad de negarse a cumplir los mandatos del legislador federal para que pueda decirse que no se le está transfiriendo la responsabilidad política o económica de las decisiones ajenas. Con ello, en definitiva, es suficiente para la *anticommandeering rule*. No creemos que se trate de una verdadera vuelta al dualismo en la organización de las competencias federales y estatales, sino del rechazo a una de las manifestaciones coercitivas (los mandatos federales), que desde los años 60 habían hecho su aparición en el federalismo cooperativo nacido del New Deal<sup>51</sup> y que se deja, como hemos señalado, intacto en su concepción originaria. Rechazo que se ha reiterado recientemente respecto de otro de los instrumentos de coacción empleados por los poderes federales, la imposición de condiciones regulatorias o ejecutivas a la percepción de fondos federales, y que será analizado más abajo.

<sup>50</sup> Merritt, "Three Faces of Federalism," p. 1571-72 y Young, "The Rehnquist Court's Two Federalisms," pp. 32-33.

<sup>51</sup> Kincaid, "Three Faces of Contemporary American Federalism," pp. 70-71.

## C. No cooperación en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería

### 1. No participación en la persecución de las infracciones de extranjería

Algunos Estados y entidades locales han adoptado políticas que o bien expresamente prohíben a sus fuerzas de orden público detener a un extranjero por el sólo hecho de haber cometido, o existir sospechas de que ha cometido, una infracción federal de extranjería, o bien limitan sus facultades para hacerlo. Mientras que algunas normativas se refieren sólo a las infracciones de naturaleza administrativa tipificadas en la legislación federal de extranjería (en particular, la mera estancia irregular),<sup>52</sup> otras abarcan también la detención por infracciones penales (p. ej. entrada ilegal en el país).<sup>53</sup>

<sup>52</sup> *P. ej.*, *State of Illinois* Executive Order 2 (2015) (“No law enforcement official under the jurisdiction of the State of Illinois, ... shall stop, arrest, search, detain, or continue to detain a person solely based on an individual’s citizenship or immigration status or on an administrative immigration warrant”); *Chicago* Welcoming City Ordinance (12 de septiembre de 2012), § 2-173-042 (“no agency or agent shall ... arrest [or] detain ... a person solely on the belief that the person is not present legally in the United States, or that the person has committed a civil immigration violation”); *Minneapolis* Code of Ordinances, Title 2, Chapter 19, (11 de julio de 2003) (“Public safety officials shall not ... arrest or detain any person for violations of federal civil immigration laws”); *Houston* Police Department Immigration Policy (en el mismo sentido); *New Haven*, General Order 06-2 (14 de diciembre de 2006) (en el mismo sentido); *San José* Police Department Duty Manual Section L7911 (29 de marzo de 2007) (“Officers will not detain or question a person not suspected of a State felony or State or local misdemeanor or infraction violation solely on the basis of the person’s citizenship or status under civil immigration laws...”); *Washington DC* Mayor’s Order 2011-174 (21 de octubre de 2011) (en el mismo sentido); *Wichita* Police Department Policy Manual de 2006, Policy 514 - Illegal Aliens/Foreign Nationals (“Officers shall not seek out or stop a person suspected of being an alien just because he/she is suspected of being in this country illegally. A law enforcement officer in Kansas does not have the power of arrest for a violation of Federal immigration law. Should an officer have probable cause to believe that a person that is stopped was previously deported from the United States, the officer shall contact ICE....Re-entry after deportation is a violation of Federal Criminal Law, separate from immigration law”); *Philadelphia* Executive Order No. 8-09 (10 de noviembre de 2009) (“Law enforcement officers shall not: (1) stop, question, arrest or detain an individual solely because of the individual’s ethnicity, national origin, or perceived immigration status ...”); *Takoma Park* Municipal Code Ch. 9.04 (11 de febrero de 2008) (“No agent, officer or employee of the City, in the performance of official duties, shall assist the United States Bureau of Immigration and Customs Enforcement in the investigation or arrest of any persons for civil or criminal violation of the immigration and nationality laws of the United States.”).

<sup>53</sup> *P. ej.*, *Los Ángeles* Special Order 40, de 27 de noviembre de 1979 (“Officers shall not arrest nor book persons for violation of Title 8 Section 1325 of the United States Immigration Code (Illegal Entry.)”); *San Rafael* Resolution no. 11418, de 23 de septiembre de 2003 (“...the

Este tipo de iniciativas no han generado mayores problemas en cuanto a su validez, ya que si bien las autoridades subfederales pueden participar voluntariamente en la aplicación de las sanciones federales de la inmigración irregular en las circunstancias y en los términos en los que establezca el legislador nacional, ni éste ni la administración nacional pueden ordenar directamente las competencias de ejecución de los Estados para incorporarlos a la aplicación de la normativa federal.

Es más, en *Arizona v. United States*, el Tribunal Supremo implícitamente, avaló la constitucionalidad de una normativa que prohíba a las autoridades estatales o locales participar en la detención por infracciones federales de extranjería. Como ya sabemos, en ese asunto el TS entendió que los Estados y entidades locales no tienen, en términos generales, poder para llevar a cabo detenciones por infracciones administrativas tipificadas en la normativa federal en ausencia de una autorización legal específica, o de una actuación consentida por la administración federal o previa solicitud o instrucción de ésta.<sup>54</sup> Argumentando *a contrario*, una normativa que prohibiera expresamente ese mismo de actuaciones no plantearía problemas en cuanto a su validez. En términos más generales, como ha quedado claro ya, la regulación de las facultades que pueden ejercer las fuerzas policiales estatales y locales, en particular en qué condiciones y circunstancias puede detenerse a una persona y adoptar medidas preventivas privativas de libertad, son cuestiones que se regulan por el derecho de cada Estado.<sup>55</sup> Además, esta competencia estatal, creemos, está protegida por el blindaje que proporciona la *anticommandeering rule*, que condenaría cualquier intento por parte de los poderes federales de incorporar forzosamente a los agentes estatales y locales para que ejerzan las funciones propias de los funcionarios de inmigración.

## 2. No comunicar información sobre sobre la situación administrativa de extranjería

PERO LA PARTICIPACIÓN directa en la investigación y persecución de las infracciones de extranjería por parte de los Estados y entes locales no es, lo sabemos bien,

policy and practice not to make arrests for immigration violations because of the lack of authority and to do so would threaten the Police Department's ability to interact constructively with residents..."); *Phoenix* Police Department Operations Order Manual ("The investigation and enforcement of federal laws relating to illegal entry and residence in the United States is specifically assigned to ICE").

<sup>54</sup> *Arizona*, 132 S.Ct., p. 2507.

<sup>55</sup> Ver Cap. III, A.1.

un instrumento tan decisivo en la lucha contra la inmigración irregular. Así lo evidencia el hecho de que el único marco cooperativo federal que tenía por objeto involucrar a las fuerzas policiales estatales y locales de esa forma, el ‘modelo operativo’ (*task force model*) de los acuerdos de la sec. 287(g), fue abandonado sin mayores problemas en 2012 ante la mayor relevancia que adquirirían otras formas de cooperación basadas en la recopilación y transmisión de información (particularmente, *Secure Communities*).<sup>56</sup> Por ello, una segunda manifestación, especialmente significativa, de la resistencia a cooperar con las autoridades federales ha sido la de prohibir que los empleados y agencias del Estado o entidad local compartan información con las autoridades federales de inmigración, impidiendo así que esa información pueda ser utilizada por las estructuras burocráticas federales para identificar, detener y expulsar inmigrantes irregulares. Como ha quedado explicado más arriba, desde mediados de los años 80 proliferaron iniciativas locales y estatales de muy diversa naturaleza y alcance que tenían como objetivo mejorar el tratamiento jurídico de los inmigrantes (en especial, los irregulares), que residían en sus territorios. Entre las protecciones más importantes y controvertidas que esas normativas proporcionaban se encontraba la prohibición, dirigida a todos los empleados públicos, de que indagaran en la situación administrativa de los extranjeros con los que trataran o transmitieran a las autoridades federales cualquier información relativa a su estatus migratorio. Se imponía, pues, una política de “no preguntar, no comunicar” (*don’t ask, don’t tell*).

El legislador federal tardó en reaccionar ante esas iniciativas pero lo hizo finalmente como resultado de las reformas de 1996. Con el propósito, destacado en la tramitación legislativa, de “dar a las autoridades estatales y locales el poder para comunicarse con el [ICE] en relación con la presencia, el paradero y las actividades de los extranjeros en situación irregular”<sup>57</sup> se prohibió tanto a las autoridades federales, como estatales o locales, que pudieran impedir, o restringir de cualquier modo, a cualquier entidad, agencia o autoridad administrativa dependiente de ellos, la posibilidad de enviar o recibir información concerniente a la situación administrativa de extranjería o de ciudadanía de una persona, con destino a o procedente de las autoridades federales de inmigración. En particular,

<sup>56</sup> Department of Homeland Security, The Performance of 287(g) Agreements. FY 2012 Follow-Up, OIG-12-130 (septiembre 2012), “During our fieldwork, we reviewed the FY 2013 ICE Budget Justification submitted to Congress as part of the President’s Budget. The justification included a program decrease of \$17 million for realignment and reduction of the 287(g) program. The justification for the reduction stated that ‘Given the nationwide deployment of the Secure Communities interoperability system by the end of FY 2012, it will no longer be necessary to maintain the *more costly and less effective* 287(g) program.’”

<sup>57</sup> U.S. Congress, House of Representatives, *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Conference Report to accompany H.R. 3734*, 104th Cong., 1996, H. Rep. 104-725, p. 383.



ninguna persona o agencia podrá prohibir a un funcionario, agencia o autoridad pública “*enviar, solicitar o recibir* esa información,” “*conservar* la información relativa a la situación administrativa del extranjero,” o “intercambiar esa información con otras autoridades federales, estatales o locales.”<sup>58</sup> Esta normativa federal trataba, por tanto, de dejar sin efecto (*preempt*) las normativas estatales y locales que implantaban una práctica de “no preguntar, no comunicar” información relativa al estatus inmigratorio. La pregunta que se planteó al poco tiempo ante los tribunales fue ¿puede hacer tal cosa el legislador federal, o la *anticommandeering rule* se lo impide, blindando las prácticas locales descritas?

La ciudad de Nueva York había aprobado en 1989 una ordenanza municipal por la que disponía que “ningún empleado o agente de la Ciudad podrá comunicar (*transmit*) a las *autoridades federales de inmigración* información alguna relativa a un extranjero” salvo que así lo exigiera la ley o el extranjero fuera sospecho de la comisión de un delito. Temiendo que la nueva normativa federal podía poner en peligro su política de no cooperación, Nueva York interpuso un recurso contra ella fundamentado en la vulneración de la Décima Enmienda a la Constitución. En auxilio de su argumentación, Nueva York se basa en los asuntos *Printz v. United States* y *New York v. United States* para defender que los Estados (y las entidades locales como sus brazos administrativos) tienen capacidad, protegida constitucionalmente, para elegir participar o no en la implementación o administración de la normativa federal, y ello incluye la facultad de prohibir la cooperación, aun voluntaria, de las autoridades locales con la administración federal.

Pero el paralelismo con el asunto *Printz* no resultaba procedente, a ojos del tribunal. Como recordó el *2nd Circuit Court of Appeals* en su sentencia, las disposiciones sobre intercambio de información contenidas en la nueva normativa federal no imponen a los Estados la obligación de exigir o prohibir nada, ni de administrar, ejecutar o aplicar un marco normativo o un programa federal, ni reclutan a los empleados estatales o locales para esos fines, que es precisamente lo que *Printz* prohíbe.<sup>59</sup> La *anticommandeering rule* no blindo el poder de los Estados para frustrar los objetivos de una normativa federal mediante una *resistencia pasiva*, consistente en prohibir toda cooperación con las autoridades federales. Precisamente, el único propósito de la nueva normativa federal es el de proteger una forma de cooperación estrictamente *voluntaria*<sup>60</sup> mediante una *prohibición*,

<sup>58</sup> Se trata de la sec. 434 de la *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act* (PRWORA), Pub.L. 104-193, y de la sec. 642 de la *Illegal Immigration Reform and Immigrant Responsibility Act* (IIRIRA), Pub.L. 104-208. No incorporadas a la INA, nos referiremos a ambas disposiciones empleando la versión codificada en el USC. A saber, secs. 1644 y 1373(a) y (b) USC 8.

<sup>59</sup> *City of New York v. U.S.* 179 F.3d 29 (2nd Cir. 1999).

<sup>60</sup> *Id.*, pp. 34-35.

expresada a través de una doble negativa: se prohíbe a los gobiernos estatales y locales que prohíban a sus empleados comunicar información a las autoridades federales en relación con la situación administrativa de un extranjero. Para el tribunal, las disposiciones federales constituyen una prohibición por la que el legislador se limita a dejar sin efecto (*preempt*) las normativas estatales o locales que frustren su propósito. El efecto preentivo de las disposiciones de la legislación federal de 1996 no se ve restringido por la Décima Enmienda y su protección de la autonomía federal. El Tribunal Supremo, como sabemos, había distinguido entre la legislación federal que pretende imponer a los Estados la obligación de llevar a cabo alguna actuación (p. ej. normativa o de ejecución) de aquella que se limita a excluir o prohibir (*preempt*) la intervención de los Estados.<sup>61</sup> Las disposiciones federales no exigen a los Estados comunicar la existencia de extranjeros en situación irregular; simplemente prohíben que los gobiernos estatales y locales restrinjan las facultades de sus empleados para optar voluntariamente por comunicar esa información o contactar con las autoridades federales para verificar la situación administrativa de extranjería de una persona (p. ej., cuando pretenda utilizar los servicios públicos prestados por el Estado o entidad local).

La lógica de la preención/prohibición que queda a salvo de la *anticommandeering rule* es más compleja en un contexto en el que los Estados pugnan por no cooperar, por no ejercer competencia alguna, mientras que los poderes federales quieren forzar dicha cooperación. Una simple prohibición, entendida como abstención, difícilmente puede alcanzar el objetivo de conseguir que los Estados cooperen, algo que exige, en buena lógica, una conducta activa. Por ello, el legislador ha tenido que recurrir a un esforzado ejercicio de gimnasia textual, empleando una doble prohibición: *prohibir* que se *prohíba* cooperar *voluntariamente*. En cualquier caso, como vimos más arriba, toda prohibición puede fácilmente traducirse en un mandato, y aquí esa transformación es más fácil: la *prohibición* de impedir la cooperación puede entenderse fácilmente como la imposición al Estado de una *obligación* de permitir, e incluso facilitar la cooperación, coqueteando aún más de cerca con el terreno prohibido por la *anticommandeering rule*.

Pero la Ciudad de Nueva York había traído otra argumentación al caso que es importante analizar. La inconstitucionalidad de la normativa federal vendría también determinada por su interferencia con la capacidad de Estados y municipios para utilizar y disponer de la información obtenida sobre la situación administrativa de los extranjeros residentes en sus territorios. Información confidencial, que pertenece a la administración estatal y local y que se ha obtenido, y es

<sup>61</sup> Como sabemos, ejemplo significativo de esta distinción es *Reno v. Condon*, 528 U.S. 141 (2000).

esencial, en el desarrollo de sus propias funciones (prestación de servicios, atención a las víctimas de delitos), y no para su empleo en la ejecución de la legislación federal de extranjería. Admitiendo que esa interferencia en la confidencialidad de la información se produce,<sup>62</sup> el Tribunal pondera el interés de la ciudad para concluir que la confidencialidad no se impone como una práctica general, sino que únicamente se quiere preservar frente a la administración federal de inmigración, mientras que, por el contrario, la información comparte libremente con cualquier otra agencia. Por tanto, el propósito del gobierno local “no es proteger información confidencial en general, sino reducir la efectividad de las políticas federales en materia de inmigración.”<sup>63</sup>

En definitiva, la legislación federal es válida. La consecuencia inmediata es que el poder de la Ciudad de Nueva York para limitar la cooperación con las autoridades federales en lo referente a la transmisión de la información recogida, en la medida en que no está protegida por la Décima Enmienda, sucumbe ante la voluntad del legislador federal cuando este decide ejercer su poder preventivo, como ha ocurrido con las disposiciones en vigor desde 1996. Sin embargo, se dejan sin responder varias preguntas importantes. Primero sobre el alcance de la protección que la *anticommandeering rule* proporciona a la autonomía estatal, pues queda pendiente saber si el legislador federal puede llegar a imponer a los Estados una obligación de compartir información o de tratar la información obtenida de una determinada manera (esto lo veremos en el último epígrafe). Segundo, si con el *estatus quo* actual queda espacio para que los Estados y entidades locales puedan resistir la participación en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, cuestión que pasamos a ver inmediatamente.

<sup>62</sup> *Id.* p. 36. El Tribunal reconoce la existencia de un interés de la ciudad en preservar la confidencialidad de la información: “la obtención de la información necesaria para el desarrollo de una amplia variedad de funciones gubernamentales estatales y locales puede en algunos casos verse dificultada si no se asegura la confidencialidad de la misma.”

<sup>63</sup> *Id.*, pp. 36-7. Se deja sin responder la cuestión de si una práctica general de confidencialidad establecida a nivel local y necesaria para el legítimo desarrollo de las funciones atribuidas al municipio (p. ej. seguridad pública) sobreviviría a la legislación federal. La cuestión no ha sido resuelta aún por los tribunales, pero, *p. ej.* para Hing, “Immigration Sanctuary Policies,” p. 278-80 esta parte de la sentencia es clave de cara a definir un espacio más amplio para el desenvolvimiento de las políticas locales y estatales contrarias a participar en la ejecución de la regulación federal: “si se impidiera a los empleados locales compartir la información con *cualquier* tercero en atención a consideraciones de interés público,” como la necesidad que tienen las fuerzas del orden de ganarse la confianza de las comunidades en las que sirven para garantizar la seguridad pública, “la intrusión federal en tales objetivos sí podría ser contraria a la Décima Enmienda” ya que son expresión de prioridades de gasto y facultades de delimitación de los deberes de los empleados públicos, que constituyen el núcleo duro de la soberanía estatal.

### 3. No investigar la situación administrativa del extranjero

LA IMPORTANTE LIMITACIÓN que el legislador impuso a la libertad de los Estados y entes locales para poder decidir su grado de implicación en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería, quedaba aún abierto, sin embargo, un espacio para la resistencia. En efecto, si bien la legislación federal impide que los Estados y entes locales limitar la facultad de sus empleados para *compartir* voluntariamente la información que hayan obtenido en ejercicio de sus funciones, debe plantearse qué ocurre cuando lo que se prohíbe es *obtener* la información en primer término. Si no existe información alguna, lógicamente ninguna información puede transmitirse, aunque exista la voluntad de hacerlo, a las autoridades federales. De esta forma, surge inmediatamente la pregunta: ¿deja sin efecto también la legislación federal aquellas prácticas o normativas subfederales que tienen por objeto prohibir que se obtenga información sobre la situación administrativa de los extranjeros?

En *Sturgeon v. Bratton*,<sup>64</sup> un tribunal estatal tuvo la oportunidad de pronunciarse acerca de la política de no cooperación que el Departamento de Policía de Los Ángeles venía aplicando desde 1979. De acuerdo con la *Special Order* 40 (SO 40), “la situación irregular de un extranjero no es una cuestión relevante para la actuación de la policía” y por ello se ordena a los agentes “que no lleven a cabo ninguna actuación que tenga como objeto descubrir el estatus inmigratorio de una persona.” Asimismo, limita el poder de los agentes locales para practicar detenciones por el delito de entrada ilegal en el país, exigiendo que se produzca en presencia del agente (algo que es difícil suceda).<sup>65</sup> Pues bien, Harold Sturgeon argumentó que la SO 40 era contraria a las disposiciones federales que invalidaban cualquier intento de restringir o impedir que un empleado local o estatal facilitara voluntariamente información a las autoridades federales de inmigración.

Para el Tribunal, en cambio, no existe tal conflicto. En efecto, la política del Departamento de Policía de Los Ángeles tan sólo prohíbe aquellas actuaciones policiales que tengan por objeto averiguar la situación administrativa de un extranjero. Es una práctica consistente en “no preguntar” (*don’t ask*). Por contra, la legislación federal sólo tiene el propósito de proscribir toda política de “no comunicar” (*don’t tell*), es decir que trate de impedir que un empleado estatal o local, que *ya* tuviera conocimiento de la situación irregular de un extranjero, pueda comunicar dicha información a las autoridades federales de inmigración. La normativa federal y la municipal no se solapan, y el Tribunal rechazó expresamente

<sup>64</sup> 174 Cal.App.4th 1407 (2009)

<sup>65</sup> *Id.*, pp. 1413-14.

la lectura propuesta por Sturgeon, para quien la prohibición de cualquier restricción en la “transmisión” de información contemplada en la legislación federal entraría en conflicto con una prohibición de “obtener información” que pudiera ser enviada. El legislador tuvo la oportunidad de dejar sin efecto (*preempt*) también cualquier restricción a la obtención voluntaria de información, pero no lo hizo.<sup>66</sup> El Tribunal descartó también que la normativa local constituyera un obstáculo para la consecución de los objetivos de la legislación federal, que no pretende sino proteger de cualquier restricción “el flujo voluntario de información” entre las autoridades locales y federales. Sin embargo, la SO 40 no interfiere en el flujo de información ya que se refiere al inicio mismo de averiguaciones sobre la situación administrativa y no prohíbe, en ningún caso, a las autoridades locales contactar con el ICE.<sup>67</sup>

De esta forma, el poder normativo local para prohibir cualquier indagación sobre la situación administrativa del extranjero sobreviviría en el espacio que ha dejado el legislador federal (no hay, pues, preención *ex lege*). Por otra parte, el Tribunal aclara que tampoco una pretendida exclusividad federal en materia de inmigración bloquearía la normativa local considerada. Reiterando que la referida exclusividad se limita a “determinar quién debe o no ser admitido en el país, y las condiciones para que pueda permanecer en él” y que no toda normativa que tenga por objeto al extranjero debe considerarse inválida, concluye que la SO 40 es una “regulación de la conducta policial, y no una regulación de la inmigración,” por lo que tampoco procede una preención estructural,<sup>68</sup> en los términos ya vistos.

#### 4. Las políticas de no cooperación, entre la adaptación y el conflicto con la legislación federal

EN RESPUESTA A la sentencia del *2nd Circuit* la Ciudad de Nueva York modificó su normativa,<sup>69</sup> sirviendo de modelo a otras muchas a lo largo y ancho del país. En cuanto a la comunicación de información sobre la situación administrativa de los extranjeros, la nueva regulación impone que se trate como cualquier otra infor-

<sup>66</sup> *Id.*, pp. 1421-22.

<sup>67</sup> *Id.*, p. 1423.

<sup>68</sup> *Id.*, p. 1422.

<sup>69</sup> Derogó la *Executive Order* 124 y en su lugar aprobó las nuevas *Executive Orders* 34 y 41 en 2003.

mación confidencial (p. ej., orientación sexual, o condición de víctima de violencia doméstica), prohibiendo su divulgación con cualquier tercero, a salvo las excepciones contempladas expresamente.<sup>70</sup> Con ello claramente se quieren explotar las posibilidades que ofrece la interpretación más arriba expuesta que parecía inclinarse por dar cierto crédito a una política *general* de confidencialidad en la gestión de la información obtenida por los empleados locales. Esa práctica general de confidencialidad estaría al servicio de legítimos intereses locales relativos a la seguridad pública (ganarse la confianza de la comunidad) y a la administración de unos recursos limitados (facilitando la obtención de la información en primer término) y no de un propósito de oposición a las políticas federales en materia de inmigración. Algunas normativas tratan de poner en terreno aún más seguro la prohibición de comunicación permitiéndola expresamente “cuando así venga impuesto por la ley,”<sup>71</sup> lo que puede interpretarse de manera conforme a las disposiciones del derecho federal que, como sabemos, “exigen” que se permita la transmisión voluntaria de información. Por otra parte, se mantiene prácticamente inalterada la prohibición de que los empleados de la ciudad indaguen en la situación administrativa de extranjería salvo en el contexto de la investigación de una actividad ilegal que no sea la mera estancia irregular,<sup>72</sup> excluyendo, en

<sup>70</sup> *New York* Executive Order No. 41, sec. 2 (“No City officer or employee shall disclose confidential information, ... (e) Unless in the case of information relating to immigration status, (i) the individual to whom such information pertains is suspected by such officer or employee or such officer's or employee's agency of engaging in illegal activity, other than mere status as an undocumented alien or (ii) the dissemination of such information is necessary to apprehend a person suspected of engaging in illegal activity, other than mere status as an undocumented alien or (iii) such disclosure is necessary in furtherance of an investigation of potential terrorist activity.”). En el mismo sentido, *Chicago* Municipal Code § 2-173-030 (29 de marzo de 2006); *Takoma Park* Municipal Code Ch. 9.04.40 (11 de febrero de 2008); *Maine* Executive Order No. 13 FY 04/05 (9 de abril de 2004); *Camden* Resolution No. MC-06-259 (11 de mayo de 2006); *Newark* City Council Resolution No. 7RBB (octubre de 2006); *Philadelphia* Executive Order No. 8-09, § 3 Confidentiality of Information (10 de noviembre de 2009). La mayor parte de estas normativas también permiten, como a de nueva York la divulgación de información en el contexto de una investigación por delito.

<sup>71</sup> *P. ej.* Normativa citada de *Takoma Park* (“no agent, officer or employee of the City, in the performance of official duties, shall release any information regarding the citizenship or immigration status of any individual to any third party ... This section does not prohibit disclosure of information regarding citizenship or immigration status where disclosure is required by City, state or federal law or international treaty.”). En el mismo sentido, *p. ej.*, *Evanston* Resolution No. 22-R-08 (March 4, 2008), y las normativas citadas en la nota anterior de *Chicago*, *Durham*, *Maine* y *Philadelphia*.

<sup>72</sup> *New York* Executive Order No. 34, sec. 4(a), en la redacción dada por la *Executive Order* No. 41 (“Law enforcement officers shall not inquire about a person's immigration status unless investigating illegal activity other than mere status as an undocumented alien.”). *Chicago* Municipal Code §§ 2-173-020 & 2-173-030 (March 29, 2006); *Durham* Resolution No. 9046 (20 de octubre de 2003); *Takoma Park* Municipal Code Ch. 9.04.20 (11 de febrero de 2008); *Maine* Executive Order No. 13 FY 04/05 (9 de abril de 2004); *Detroit* Municipal Code,

todo caso, a testigos, víctimas o cualquier persona que solicite asistencia de la policía.<sup>73</sup> Se trata de una forma de no cooperación que los tribunales han avalado, y no ha habido necesidad de alteraciones substanciales.

Más dudoso es el estado en el que han quedado otras normativas locales. Especialmente problemática ha sido la Ordenanza de San Francisco de 1989. Pionera en su regulación, en su texto puede leerse hoy el mandato de que “ningún departamento, agencia, comisión, empleado o agente de la Ciudad o del Condado de San Francisco empleará fondos o recursos para auxiliar en la ejecución de la legislación federal de inmigración.”<sup>74</sup> En este sentido, prohíbe que cualquier empleado “*recabe*,” “*solicite o difunda* información sobre la situación administrativa de una persona... excepto cuando así se exija por ley estatal o federal, norma reglamentaria o decisión judicial.”<sup>75</sup> Desde su modificación en 1992, la Ordenanza deja fuera de su ámbito de protección a delincuentes extranjeros convictos o acusados de cometer delitos graves. En 2008, sin embargo, tras tres asesinatos cometidos por un extranjero en situación irregular,<sup>76</sup> se puso de manifiesto que las autoridades locales tampoco comunicaban a la administración federal la información relativa a extranjeros cuando que fueran menores de edad, aun cuando hubieran delinquido. Tras un enfrentamiento público entre el alcalde y el *Board Supervisors* de San Francisco, se aprobó una modificación de la normativa que incluía la posibilidad de que se comuniquen información sobre extranjeros menores de edad que hubieran cometido un delito, pero nunca antes de que recaiga sentencia condenatoria.

Algunos autores se han preguntado si la expresión *gather*, que nosotros hemos traducido por “recabar”, describe una conducta protegida por el legislador

Chapter 27, Art 9, §§ 27-9-4 & 27-9-5 (9 de mayo de 2007); *Camden* Resolution No. MC-06-259 (11 de mayo de 2006); *Newark City Council* Resolution No. 7RBB (octubre de 2006); *Philadelphia* Executive Order No. 8-09 (10 de noviembre de 2009); *New Haven* General Order 06-2 (14 de diciembre de 2006); *Washington DC*, Mayor’s Order 2011-174 (21 de octubre de 2011); *Portland* Ordinances 2-21, 2-22 (julio de 2006); *St. Paul* Administrative Code, Title III § 44 (5 de mayo de 2004); *State of New Mexico* Executive Order No. 2005-019 (7 de abril de 2005). La mayor parte de estas normativas permiten investigar la situación administrativa en el curso de la investigación de un delito o cuando así se exija legalmente.

<sup>73</sup> *New York* Executive Order No. 34, sec. 4(c), en la redacción dada por la *Executive Order* No. 41 (“It shall be the policy of the Police Department not to inquire about the immigration status of crime victims, witnesses, or others who call or approach the police seeking assistance.”). En el mismo sentido, *p. ej.*, las normativas citadas en la nota anterior de *Camden*, *Detroit*, *Newark*, *Philadelphia*, *New Haven*, *Washington DC* o *State of New Mexico*.

<sup>74</sup> Sec. 12H.2 San Francisco Administrative Code.

<sup>75</sup> *Id.*

<sup>76</sup> Jesse McKinley, “San Francisco at Crossroads Over Immigration,” *New York Times*, 12 de junio de 2009, p. A12.

federal y que, por tanto, no puede restringirse o impedirse. Esta opinión tiene fundamento si se tiene en cuenta que la legislación federal no sólo pretende limitar la posibilidad de que se “prohíba” la comunicación sino también de que “se restrinja de cualquier forma” dicha comunicación,<sup>77</sup> aunque buscar una justificación lingüística en los verbos que se emplean (“*enviar, solicitar o recibir*”) es algo más difícil.<sup>78</sup> Más problemática podría resultar la prohibición de “difundir” información, pues identifica claramente la regulación con una política que no sólo prohíbe obtener información sino también comunicarla.<sup>79</sup> Pero es el régimen aplicado a los delincuentes juveniles el que ha generado una mayor controversia política y jurídica,<sup>80</sup> dando lugar incluso a la iniciación de una investigación por parte de las autoridades federales para determinar si, cumpliendo con la práctica prescrita en la Ordenanza, los empleados locales pudieran estar incurriendo en responsabilidad penal, por el delito de transportar o dar refugio a un inmigrante irregular.<sup>81</sup>

Parece, pues, que el legislador federal ha privado a los Estados y entidades locales de algunas de sus facultades para oponer resistencia a la cooperación con las autoridades federales en materia de inmigración. Pero creemos que aún les queda espacio para maniobrar. De una parte, porque la regulación federal no da de sí tanto como para eviscerar (*preempt*) por completo las posibilidades de no cooperación, por mucho que se desee estirar en términos interpretativos. Por otra, cualquier paso que pueda dar el legislador federal para modificar el marco

<sup>77</sup> Secs. 1644 y 1373(a) y (b) USC 8. Ver Pham, “The Constitutional Right Not to Cooperate”, pp. 1392-93.

<sup>78</sup> Así, *p. ej.*, Gulasekaram y Villazor, “Sanctuary Policies & Immigration Federalism”, pp. 1702-3, discuten al respecto en un trabajo en el que enfrentan sucesivamente las opiniones de dos personajes ficticios, Locke y Shepherd. El primero considera que existe una diferencia entre la conducta esencialmente pasiva que describe el legislación federal –“recibir”– y el acto de “recabar”, que exige una indagación activa en el estatus migratorio de una persona. Para Shepherd, en cambio, la prohibición de toda restricción a la facultad de “recibir” información incluiría la conducta de recabar o recoger la información y, por tanto la Ordenanza de San Francisco sería inválida por entrar en conflicto con la legislación federal.

<sup>79</sup> *P. ej.*, Villazor, “‘Sanctuary cities’ and local citizenship”, p. 584 “la Ordenanza establece una política que se ajusta a la descripción *don’t ask, don’t tell*,” y Pham, “The Constitutional Right Not to Cooperate”, pp. 1392, es el ejemplo “más específico de la categoría de normativas que impiden ‘notificar’ a las autoridades federales de inmigración.”

<sup>80</sup> El propio *City Attorney* de San Francisco dudaba de la validez de la nueva versión de la Ordenanza. Memorandum from Dennis J. Herrera, City Attorney, to Mayor Gavin Newsom, *Legal Issues in Connection with the Proposed Amendment to Sanctuary City Ordinance* (18 de Agosto de 2009), p. 6: “we cannot predict the outcome of a federal preemption challenge to the proposed Amendment, but there is a serious risk that a court will find the proposed Amendment and perhaps the entire City of Refuge Ordinance to be preempted.” Disponible en <http://www.sfcityattorney.org/Modules/ShowDocument.aspx?documentid=481>

<sup>81</sup> *Id.*, pp. 7-8.



regulador y llevar más allá el efecto preentivo de su legislación (p. ej. para prohibir que se prohíba no comunicar información cuando así lo *requieran* las autoridades federales), corre el riesgo de entrar en el territorio protegido por la *anti-commandeering rule*. Volvemos sobre ello al final de este capítulo.

## **D. No cooperación y administración automatizada de información**

En el apartado anterior examinábamos formas de no cooperación que, en verdad, son la otra cara de la moneda de las formas de cooperación voluntaria, negociada y acordada que veíamos en el capítulo 2. Sin embargo, sabemos que las autoridades federales han aprovechado el ejercicio ordinario de las funciones policiales por parte de las agencias estatales y locales para establecer programas que permitan generar una información de la que carece la administración federal de inmigración facilitando así localización e identificación de los extranjeros que encajan en sus prioridades. También tuvimos ya ocasión de analizar la manera en que algunos Estados y entidades locales han utilizado esos programas para perseguir sus propios objetivos, endureciendo la persecución de la inmigración clandestina. Ahora, en cambio, debemos abordar las implicaciones de la actitud exactamente contraria que se ha adoptado a nivel subfederal: tratar de resistir la participación en esa cooperación automática que las nuevas tecnologías han hecho posibles para, igualmente, alcanzar unos objetivos propios, atenuando el percibido rigor de las políticas federales.

Puesto que los referidos programas federales se nutren de la información biográfica y biométrica generada espontáneamente en el curso del ejercicio rutinario de las funciones policiales, cabe pensar que una primera forma de resistencia es impedir la generación misma de la información, alterando las prácticas policiales. Así, los Estados podrían mantener a los extranjeros que cometen infracciones menores fuera de la atención de la administración federal no fichando a quienes las cometan o no tomando sus huellas dactilares.<sup>82</sup> En muchos casos, la decisión de practicar una detención con custodia (que implica que se tomen las huellas dactilares) o que simplemente se notifique la sanción y se ponga en libertad al detenido *in situ*, depende de la decisión discrecional del agente, y las agencias

<sup>82</sup> ICE Office of the Director, *ICE Response to the Task Force on Secure Communities Findings and Recommendations*, (27 de abril de 2012), p. 14 donde se señala que “los Estados pueden elegir no remitir a la administración federal las huellas dactilares de las personas que detengan por infracciones menores.” Para un ejemplo, ver Eagly, “Criminal Justice for Noncitizens,” pp. 1158-59.

locales o estatales, con independencia de las facultades reconocidas por el propio ordenamiento estatal a los agentes, podrían adoptar directrices de actuación que limitaran los supuestos en que procede la detención de una persona. Más allá de estos posibles cambios en la forma en que habitualmente interactúa la policía con los particulares infractores, que no dejan de plantear serios problemas para el propio funcionamiento de las agencias policiales,<sup>83</sup> lo cierto es que la cooperación automatizada que han implantado programas como *Secure Communities* plantean serias dificultades a aquellos Estados y entidades locales que han querido resistirse a prestar su cooperación en la ejecución del ordenamiento de extranjería. Veámoslo con detenimiento.

## 1. La automatización como forma de coerción: el caso del programa *Secure Communities*

CONSIDERADO EL PROGRAMA *Secure Communities* como un instrumento para la mejora de la seguridad pública, centrado en la expulsión de delincuentes extranjeros peligrosos, la agencia federal de inmigración (ICE) planificó inicialmente la implantación del programa de forma progresiva, tomando como unidad administrativa local de referencia el condado, y sobre la base de una participación *voluntaria*, procediendo a celebrar acuerdos (en forma de *Memoranda of Understanding*) a nivel estatal<sup>84</sup> pero permitiendo posteriormente a las entidades locales afectadas y que no quisieran participar notificarlo al ICE. El carácter voluntario de la participación se fundamentaba en la preocupación por no rebasar la prohibición constitucional que impedía al gobierno nacional ordenar compulsivamente la ejecución normativa o material del ordenamiento federal por las administraciones estatales y locales (*anticomandeering*).<sup>85</sup>

<sup>83</sup> También se ha destacado, en efecto, el riesgo que las prácticas descritas puede suponer al privar a la policía de la posibilidad de conocer el historial delictivo de las personas con las que entran en contacto, una información crítica para poder cumplir eficazmente con su función de luchar contra el delito. U.S. Department of Homeland Security, Homeland Security Advisory Council, *Task Force on Secure Communities Findings and Recommendations* (Washington DC, 2011), p. 18.

<sup>84</sup> Cox y Miles, "Policing Immigration," p. 98n34.

<sup>85</sup> Y ello a pesar de que técnicamente la administración federal se inclinaba por no considerar *Secure Communities* como un programa, como sí lo era por ejemplo el CAP, aunque reconocía que por su infraestructura, propósito y actividades sí tendría problemas a la luz de la doctrina sentada en *Prinz*. El documento clave de esta postura inicial se mantuvo inicialmente en secreto hasta que, finalmente y una vez fue reclamado judicialmente, fue hecho público. "'Opt-Out' Background," ICE FOIA 10-2674.000292. Puede encontrarse en *Newly*

A la vista de la posibilidad ofrecida, varios gobiernos locales expresaron su deseo de abandonar la participación en el programa, y algunas, en efecto, lo hicieron;<sup>86</sup> pero conforme aumentó el rechazo, el gobierno federal reaccionó, inicialmente con el argumento de que los MoU se habían celebrado a nivel estatal, y por tanto las entidades locales no podían desistir, y poco después reinterpretando el significado y alcance del *opt-out* permitiendo que, al final del proceso, la información sobre el estatus migratorio no se comunicara a las autoridades locales y estatales que no desearan recibirla, pero insistiendo en que el FBI y el DHS seguirían compartiendo, en todo caso, los datos biométricos proporcionados por aquellas.<sup>87</sup> Finalmente, en un memorándum de octubre de 2010, el DHS ponía de manifiesto que las entidades estatales y locales no podían poner término a la participación en *Secure Communities* porque el programa tenía por objeto únicamente el intercambio de información entre dos agencias *federales* (el DHS y el FBI), añadiendo que, si bien el legislador no había hecho obligatorio el programa de manera explícita, sí que existía base jurídica suficiente en la INA para entender que se autorizaba a la agencia federal de inmigración (ICE) para que lo hiciera compulsivo si así lo consideraba oportuno.<sup>88</sup> Cambiando la interpretación que había sostenido anteriormente, el memorándum concluye que la imposición obligatoria del programa no plantea problemas con la Décima Enmienda puesto que en *Printz* el Tribunal Supremo había diferenciado entre la prohibición de forzar a los Estados a la implementación o administración de un programa federal y las iniciativas federales que se limitaban a exigir únicamente la transmisión de información a la administración nacional, cuya constitucionalidad queda a salvo.<sup>89</sup> La administración federal, en consecuencia, rescindió en agosto de 2011 los 42 MoA

*Released Secure Communities Documents Signal Opening for Local Opt-Out*, Uncover the Truth: ICE and Police Collaborations. <http://uncoverthetruth.org/featured/newly-released-secure-communities-documents-signal-opening-for-local-opt-out/>.

<sup>86</sup> Durante el verano de 2010, el *City Council* de Washington DC logró que se rescindiera el MoA que se había suscrito con el gobierno federal y que el *District of Columbia* se retirara del programa. Cuando otros gobiernos locales, como San Francisco o Arlington County intentaron poner fin a los MoA, el ICE primero intentó negociar para terminar por dar marcha atrás al carácter voluntario del programa. National Community Advisory Commission, *Restoring Community. A National Community Advisory Report on ICE's Failed "Secure Communities" Program* (2011), pp. 26-7.

<sup>87</sup> U.S. Department of Homeland Security, Homeland Security Advisory Council, *Task Force on Secure Communities Findings and Recommendations* (Washington DC, 2011), pp. 13-4.

<sup>88</sup> Memorandum from Riah Ramlogan, Deputy Principal Legal Advisor, U.S. Department of Homeland Security, to Beth N. Gibson, Assistant Deputy Director, Immigration and Customs Enforcement, *Secure Communities – Mandatory in 2013* (2 de octubre de 2010), p. 9. Para más información, ver Center for Constitutional Rights, Cardozo Law School Immigration Justice Clinic y National Day Laborer Organizing Network, *A Briefing Guide to the Secure Communities October 2, 2010 "Mandatory Memo"* (2011).

<sup>89</sup> Memorandum *Mandatory in 2013*, pp. 6-8.

que había celebrado con algunos Estados, afirmando que no eran necesarios para que pudiera funcionar el programa y confirmó su intención de hacer de *Secure Communities* un programa obligatorio a nivel nacional a partir 2013.

## 2. El *detainer* como mandato y la *anticommandeering rule*

ANTE LA IMPOSIBILIDAD de *opt-out*, los esfuerzos de los gobiernos estatales y locales para resistir la participación en el programa *Secure Communities* se dirigieron entonces a formalizar políticas que limitaban el cumplimiento, por parte de las agencias policiales, de los conocidos *detainers*. El *immigration detainer* es el principal instrumento que tiene la administración federal de inmigración para obtener la entrega de aquellos extranjeros que se encuentran bajo custodia de la policía estatal o local. Su uso se remonta al menos hasta los años 50, pero antes de 1987 el *detainer* se empleaba simplemente para *notificar*, a las autoridades encargadas de prisiones estatales y locales, el interés de la agencia federal de inmigración en un interno y para *solicitar* que le fuera comunicado con antelación el momento de su puesta en libertad. En 1986 el legislador introduce por primera vez una autorización legal explícita para esta práctica que ya venía desarrollando la administración durante décadas, pero lo hace vinculado al esfuerzo en la lucha contra el tráfico de estupefacientes, previendo la posibilidad de librar un *detainer* en el caso de extranjeros que sean detenidos por la comisión de un delito relacionado con drogas o sustancias prohibidas.<sup>90</sup> La respuesta del ejecutivo federal fue, sin embargo, regular el procedimiento para la expedición de *detainers* reconociendo la posibilidad de una utilización generalizada de los mismos (no limitada, pues, a los delitos relacionados con drogas),<sup>91</sup> y contemplando ahora el instrumento no ya sólo como una notificación del interés en un interno o una solicitud de que se comunique el momento de su liberación, sino como un *requerimiento*

<sup>90</sup> Sec. 1751(d) de la *Anti-drug Abuse Act* de 1986, Pub.L.99-570.

<sup>91</sup> La sec. 287.7(a) especifica que “los *detainers* se expiden de acuerdo con las secs. 236 y 287” de la INA, preceptos que, respectivamente, autorizan o imponen el internamiento de determinados extranjeros pendiente la expulsión, y enumeran las facultades de los agentes y empleados de inmigración (entre ellas, la de librar *detainers* por la comisión de delitos relacionados con drogas). Lasch, “Enforcing the Limits of the Executive's Authority to Issue Immigration Detainers,” pp. 191-193, considera por ello que el desarrollo reglamentario, al permitir la utilización de *detainers* de modo indiscriminado, cualquiera que sea el delito que se imputa al extranjero, excede el mandato del legislador, que había limitado su uso a los delitos relacionados con drogas.

de que la autoridad estatal o local destinataria prolongue la privación de libertad hasta un máximo de 48 horas para permitir a los agentes federales asumir su custodia.<sup>92</sup>

La primera cuestión que se planteó fue la de si las autoridades estatales o locales deben considerar los *detainers* como verdaderos mandatos de cumplimiento reglado que impiden, por ello, toda discrecionalidad a la hora de atenderlos, o si deben interpretarse como meras peticiones o solicitudes que pueden decidir atender o no en virtud de una política preestablecida y sistemática o como resultado del ejercicio de su potestad discrecional individual. El segundo problema hace referencia a la posibilidad de que el *detainer* vulnere garantías individuales sustantivas del extranjero privado de libertad y las consecuencias que ello puede tener a efectos de responsabilidad, tanto para las autoridades federales como estatales o locales. Veamos estas cuestiones por orden.

La duda sobre el carácter obligatorio o facultativo del *detainer* nace del desarrollo reglamentario que el *Department of Homeland Security* hizo del instrumento y al que más arriba nos hemos referido.<sup>93</sup> El *East District Court* de Pensilvania rechazó declarar la responsabilidad de una cárcel condal que tenía la práctica o costumbre de cumplir con *todos* los *detainers* recibidos, por los daños y perjuicios causados como consecuencia de una privación de libertad prolongada sin justificación legal, ya que esa práctica o política no podían vulnerar las garantías constitucionales al venir impuesta por el derecho federal.<sup>94</sup> Más específicamente, el lenguaje empleado en las normas que desarrollaban reglamentariamente la regulación de los *detainers*, según el tribunal, especifica que cuando una autoridad federal dicta un *detainer* dirigido a una agencia de un gobierno local, esa agencia “deberá mantener bajo custodia al extranjero durante un tiempo no superior a 48 horas,” por lo que impone a las agencias estatales y locales una obligación reglada.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> Sec. 287.7(a) CFR 8 (“A detainer serves to advise another law enforcement agency that the Department seeks custody of an alien presently in the custody of that agency, for the purpose of arresting and removing the alien. The detainer is a request that such agency advise the Department, prior to release of the alien, in order for the Department to arrange to assume custody in situations when gaining immediate physical custody is either impracticable or impossible.”) y sec. 287.7(d) CFR 8 (Upon a determination by the Department to issue a detainer for an alien not otherwise detained by a criminal justice agency, such agency shall maintain custody of the alien for a period not to exceed 48 hours, excluding Saturdays, Sundays, and holidays in order to permit assumption of custody by the Department.).

<sup>93</sup> Sec. 287.7(d) CFR 8.

<sup>94</sup> *Galarza v. Szalczyk*, WL 1080020, at \*18 (E.D.Pa.2012), p. 18

<sup>95</sup> *Id.*, p. 19. Algunos autores habían entendido también que el *detainer* es un requerimiento de obligado cumplimiento y por tanto contrario a la Décima Enmienda y a la *anticommandeering rule*, p. ej., Kang, Stephanie. “A Rose by Any Other Name,” p. 100 y Getiashvili,

El *3rd Circuit Court of Appeals* revocaría el fallo, reconociendo al fin la naturaleza voluntaria del *detainer*.<sup>96</sup> Para el tribunal, el empleo de la expresión “*deberá* mantener bajo su custodia” hace referencia al tiempo máximo que puede durar cualquier detención, sirve únicamente para informar a la agencia que decida cumplir con el *detainer* que no puede detener a la persona más de 48 horas, pero en ningún caso debe entenderse como un mandato que obligue en todo caso a las administraciones estatales y locales a retener a un extranjero a la espera de su transferencia a la custodia del DHS. El *detainer* debe entenderse como una solicitud de cumplimiento facultativo.<sup>97</sup> El argumento constitucional de fondo que esgrime el tribunal para apuntalar esa interpretación le lleva directamente a concluir que el principio articulado por el Tribunal Supremo en *New York y Printz (anticommandeering)* impide en todo caso a la administración federal poner a su servicio a los agentes estatales y locales e imponerles la obligación de que detengan, subrogándose en su lugar, a un extranjero. Si se permitiera tal cosa, las administraciones subfederales se verían obligadas a “invertir recursos y destinar fondos públicos para hacer efectiva una normativa federal,” confundiendo al electorado acerca de qué gobierno, si el local o el federal, debe ser considerado responsable políticamente de las decisiones adoptadas,<sup>98</sup> algo que el alto tribunal expresamente rechaza. El *detainer*, entendido como una solicitud, no plantea problemas a la luz de la Décima Enmienda.<sup>99</sup> Esta interpretación supone la confirmación de que el derecho federal deposita en manos de los Estados y entes locales un margen de discrecionalidad sin límites para cumplir con los requerimientos de la administración federal de inmigración. No obstante, como veremos en breve, algunos Estados y agencias han preferido limitar esa discrecionalidad, estableciendo condiciones y requisitos para que, en atención al caso concreto,

“Safe Localities through Cooperation,” p. 1091. También parecían inclinarse por la naturaleza obligatoria del *detainer* algunos tribunales, p. ej., *Rios-Quiroz v. Williamson Cnty., Tenn.*, 2012 WL 3945354 (M.D. Tenn., 2012), p. 4, el empleo de la forma verbal “*deberá*” obliga imperativamente a los agentes estatales y locales; *Davila v. N. Reg'l Joint Police Bd.*, 2013 WL 5724939 (W.D.Pa.2013), pp. 12-13 calificando la norma reglamentaria como una directriz.

<sup>96</sup> 745 F.3d 634 (3rd Cir. 2014). Aún antes ya habían sostenido la naturaleza voluntaria del *detainer*, si bien *obiter dictum*, p. ej., *Buquer v. City of Indianapolis*, 797 F.Supp.2d 905 (S.D.Ind.2011), p. 911 “un *detainer* no es una orden de detención, sino una solicitud de cumplimiento voluntario.”

<sup>97</sup> *Id.*, p. 640-42.

<sup>98</sup> *Id.*, p. 644.

<sup>99</sup> En el mismo sentido, siguiendo el criterio sentado en *Galarza*, p. ej., *Moreno v. Napolitano*, WL 4814776 (N.D.Ill. 2014), pp. 4-5; *Lucatero v. Haynes*, WL 6387560 (W.D.N.C., 2014), p. 2; *Villars v. Kubiowski*, 45 F.Supp.3d 791 (N.D.Ill. 2014), p. 802; *Miranda-Olivares v. Clackamas County*, WL 1414305 (D.Or. 2014), pp. 4-8.

pueda cumplirse con el *detainer*. Por otra parte, esa discrecionalidad para cumplir o no con el *detainer* hace responsable a las autoridades que deciden atenderlo en el caso de que no estuviera fundado y se produjera una violación de los derechos del extranjero privado de libertad (al contrario de lo que ocurriría si el *detainer* fuera de cumplimiento reglado). Esto enlaza con el segundo problema que se ha planteado.

### 3. El *detainer* y el problema de la legalidad de la detención

CUMPLIR CON UN *detainer* puede implicar la prolongación de la privación de libertad de una persona por parte de la policía estatal o local, más allá de lo que justifican las circunstancias independientes que inicialmente llevaron a su detención (p. ej. haber sido puesto bajo custodia por conducir sin permiso de circulación o por embriaguez y alteración del orden público). Por ello, puede plantearse, en *primer lugar* si es insuficiente el *detainer* para legitimar esa prolongación de libertad o si debe existir base jurídica para esa actuación en el propio ordenamiento estatal (es decir, si el derecho estatal tiene que permitir la detención en las circunstancias en que puede requerirlo un *detainer*).<sup>100</sup> Cuestión relacionada, aunque distinta, es la del papel que los Estados y entidades locales pueden jugar en la aplicación del ordenamiento federal de extranjería y si el empleo de un *detainer* puede alterar ese papel. El Tribunal Supremo, en *Arizona v. United States*, negó que los agentes estatales pudieran efectuar una detención por infracciones administrativas de extranjería salvo “previa solicitud, aprobación o ... instrucción procedente de la administración federal.”<sup>101</sup> Por eso mismo, en la medida en que un *detainer* es una solicitud procedente de la administración federal, no parece, en principio, que exista impedimento para que las autoridades estatales y locales le den cumplimiento, aún en ausencia de una autorización expresa en el derecho estatal.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Algo que sería letal para poder cumplir con la supervivencia del *detainer* mismo, ya que, como veremos inmediatamente, la regulación del *detainer* no se ajusta a los límites que el legislador federal ha impuesto a las detenciones por infracciones de extranjería sin orden previa, puesto que no exige la existencia de causa probable ni la probabilidad de que el extranjero se evada. Por ello, si se exigiera que los agentes estatales o locales que reciben un *detainer* estuvieran autorizados por el derecho estatal a efectuar una detención, sin orden previa, y sin exigir causa probable y riesgo de evasión, los *detainers* no se podrían cumplir en ningún Estado, pues en todos se exige la concurrencia de tales circunstancias.

<sup>101</sup> 132 S.Ct. 2492 (2012), p. 2507.

<sup>102</sup> Otra cosa entiende Lasch, “Federal immigration detainers after *Arizona v. United States*,” pp. 295-301, para quien “el Tribunal [Supremo] avala los *detainers* como una oportunidad

Asumiendo, por tanto, que el desarrollo reglamentario que regula el *detainer*, y el mismo documento en que se contiene, constituyen base suficiente, si concurren las exigencias legales, para fundamentar las actuaciones de la policía estatal o local, queda aún por resolver, en *segundo lugar*, cuándo el *detainer* es conforme al propio derecho federal. Ello remite a los supuestos en que un agente federal de inmigración puede practicar la detención de un extranjero. Puede hacerlo, primero, en virtud de una ‘orden de detención’ (*criminal arrest warrant*) dictada por una *autoridad judicial*, una vez que se ha demostrado la existencia de ‘causa probable’ para creer que una determinada persona ha cometido un delito (común o de extranjería). No obstante, la enorme preeminencia que posee la administración en el ámbito de extranjería lleva consigo que se puedan efectuar detenciones de extranjeros, sin intervención judicial alguna, i) incoado el procedimiento de expulsión, en virtud de una ‘orden administrativa de detención’ (*administrative warrant of arrest*), que se puede dictar por determinadas *autoridades de la administración federal* sin que su regulación exija concurrencia de ‘causa probable’ o estándar alguno que condicione su adopción;<sup>103</sup> y ii) una vez firme la ‘decisión (administrativa) de retorno’ (*order of removal*), esta sirve de base para la adopción de una ‘orden de expulsión’ (*warrant of removal*), la cual autoriza la adopción de cuantas medidas coactivas sean necesarias para llevar a cabo la expulsión del extranjero, incluida su detención, si aún no se había practicado, e internamiento.<sup>104</sup> La legislación federal permite también, como excepción y al igual que ocurre en el ámbito penal, la práctica de detenciones *sin orden previa* (*warrantless arrest*), cuando un agente tenga “razones para creer” que un extranjero ha cometido una infracción administrativa o un delito de extranjería y es probable que escape antes de que se obtenga una orden.<sup>105</sup> La expresión “razones para creer” se ha interpretado como equivalente a la existencia de “causa probable” de que el extranjero se encuentra ilegalmente en Estados Unidos.

para la cooperación, pero en un sentido mucho más limitado... asistir a la administración federal en las necesidades de información que esta pueda tener sobre el momento en que se va a liberar a un extranjero detenido ... con su énfasis en la comunicación estatal-federal queda claro que el Tribunal entiende que la ejecución cooperativa no incluye la prolongación de la detención.”

<sup>103</sup> Sec. 1226(a) USC 8 (“on a warrant issued by the Attorney General, an alien *may* be arrested and detained pending a decision on whether the alien is to be removed from the United States.”). Las secs. 287.5(e)(2) y (3) CFR 8 especifican, respectivamente, qué autoridades pueden dictar la orden y cuales ejecutarla, previa delegación o autorización. Téngase en cuenta que la sec. 1226(c) USC 8 impone la detención de extranjeros que han cometido determinados delitos.

<sup>104</sup> Sec. 241.2 CFR 8.

<sup>105</sup> Sec. 1357(a)(1) y (4) USC 8, que también permiten detener al extranjero que, *in fraganti*, es descubierto entrando o intentando entrar ilegalmente en los Estados Unidos.



Pues bien, el *detainer* no es una orden de detención y no demuestra, por sí solo, la existencia de ‘causa probable.’ Sin embargo, rutinariamente el ICE ha empleado el *detainer* con motivo de la simple “iniciación de una *investigación* para determinar si una persona puede ser expulsada de los Estados Unidos.”<sup>106</sup> En dos asuntos recientes, los tribunales federales han reconocido los problemas que se plantean cuando las autoridades estatales o locales privan de libertad a un extranjero en cumplimiento de un *detainer* en el supuesto de que las únicas actuaciones que ha llevado a cabo el ICE hasta ese momento han consistido en iniciar la investigación sobre el estatus migratorio de una persona. Y han concluido que una detención efectuada, en virtud de un *detainer*, con mero propósito investigador vulnera las garantías constitucionales de la libertad personal recogidas en la Cuarta Enmienda,<sup>107</sup> con las correspondientes consecuencias en términos de responsabilidad por los daños y perjuicios causados a la persona que ha sido indebidamente privada de libertad. Es necesario, por tanto, que la prolongación de la detención se legitime en la existencia de ‘causa probable,’ bien determinada judicialmente bien cuando, *de facto*, existan ‘razones para creer’ que el extranjero se encuentra ilegalmente en los Estados Unidos.<sup>108</sup> Como reacción a las decisiones judiciales, el gobierno federal intentó inmediatamente corregir la práctica que los tribunales habían censurado<sup>109</sup> y las policías locales, llegando incluso más lejos, impusieron prácticas que excluían servir *detainers* que no fueran acompañados de ‘orden judicial.’

<sup>106</sup> Así se permitía hacer constar en el formulario oficial del *detainer* hasta diciembre de 2012; p. ej., Form I-247 (Abril de 1997), reproducido en Washington Defender Association et al., *All In One Guide to Defeating ICE Holds - Appendix 3: Legal and policy documents on detainees*, p. 7. [http://www.ilrc.org/files/documents/all\\_in\\_one\\_guide\\_appendix\\_3.pdf](http://www.ilrc.org/files/documents/all_in_one_guide_appendix_3.pdf). Para una crítica de esta utilización de los *detainer*, Lasch, “Federal immigration detainees after *Arizona v. United States*,” pp. 696-698.

<sup>107</sup> Enm. IV U.S. Const.: “No se violará el derecho del pueblo a que sus personas, hogares, documentos y pertenencias estén protegidos contra registros y requisas arbitrarias, y no se emitirán órdenes de registro ni de detención sino con causa razonable que esté respaldada mediante juramento o promesa [del denunciante], y que han de describir específicamente el lugar a registrar y las personas a detener o las cosas a confiscar.”

<sup>108</sup> *Morales v. Chadbourne*, WL 4385945 (5th Cir. 2015), pp. 3-8, debe concurrir ‘causa probable’ para poder detener a una persona en virtud de un *detainer* y el sólo hecho de que se haya iniciado una investigación no colma la exigencia; *Miranda-Olivares v. Clackamas County*, WL 1414305 (D.Or. 2014), pp. 9-11 considera que se viola la Cuarta Enmienda cuando se deniega la libertad bajo fianza a una persona que tenía derecho a ella, y es privada de libertad durante un día más después de que finalizara la detención por la infracción estatal debido a que se había expedido un *detainer* para que el ICE pudiera investigar si era procedente su expulsión

<sup>109</sup> Así, en un documento de diciembre de 2012 se establecieron unas directrices para la utilización de los *detainers* en las que se indicaba a los agentes federales de inmigración que sólo deberían librar un *detainer* cuando existieran ‘razones para creer’ que un extranjero puede

#### 4. La negativa de las agencias estatales y locales a cumplir con el *detainer* y la reacción federal

EN EFECTO, SI en 2012 un buen número de entidades locales ya había iniciado un movimiento de resistencia frente a los *detainers*, la confirmación de su carácter facultativo y los crecientes problemas constitucionales revelados en los tribunales, dieron al mismo un decisivo impulso tanto a nivel local como estatal. Más de dos centenares de entidades locales (condados y ciudades) y cuatro Estados, formal o informalmente, han establecido políticas o prácticas que limitan o condicionan su cooperación con los *detainers* procedentes del ICE. Mientras algunas iniciativas se limitan a prohibir de plano y sin excepción atender *detainers* basados en simples decisiones administrativas (de iniciación del procedimiento de expulsión, orden de detención o decisión de retorno)<sup>110</sup> otras condicionan expresamente el cumplimiento a que el *detainer* fuera dictado a partir de una orden de

ser expulsado y, además, concurrieran una serie de condiciones adicionales relacionados con la comisión de determinados delitos comunes o infracciones penales de extranjería. Con ello se trataba, además, de alinear el uso del *detainer* con las prioridades del gobierno federal en la ejecución del ordenamiento de extranjería, hechas públicas en 2011. Memorandum from John Morton, Dir., U.S. Immigration and Customs Enforcement, to All Field Office Directors, All Special Agents in Charge, and All Chief Counsel, *Civil Immigration Enforcement: Guidance on the Use of Detainers in the Federal, State, Local, and Tribal Criminal Justice Systems* (21 de diciembre de 2012), p. 2. Además, se aprobó un nuevo formulario oficial para el *detainer* en el que desaparece la posibilidad de indicar que se dicta por el simple hecho de haberse “iniciado una investigación para determinar si una persona puede ser expulsada de los Estados Unidos.” Sólo puede justificarse en la existencia de “razones para creer” que el extranjero puede ser expulsado por la comisión de cualquier delito, en que se ha iniciado un procedimiento de expulsión contra él, se ha dictado una ‘orden de detención,’ o se ha adoptado una ‘decisión de retorno.’ DHS Form I-247 (12/12). Disponible en <http://www.ice.gov/doclib/secure-communities/pdf/immigration-detainer-form.pdf>.

<sup>110</sup> *P. ej.*, a nivel estatal *Illinois* Executive Order 2 (2015) (“no law enforcement agency under the jurisdiction of the State of Illinois, including but not limited to the Illinois State Police, Illinois Conservation Police, and the Secretary of State Police, may detain or continue to detain any individual solely on the basis of any immigration detainer or administrative immigration warrant, or otherwise comply with an immigration detainer or administrative immigration warrant, including communicating an individual’s release information or contact information, after that individual becomes eligible for release from custody”); a nivel local, *p. ej.*, *Los Angeles County Sheriff’s Office* Decision (26 de junio de 2014) (“the LASD is not detaining inmates based on ICE issued civil warrants, nor we are detaining inmates up to 48 hours beyond their release date in order to facilitate transfer to ICE custody”); *Newark Police Directive* (24 de julio de 2013); *San Francisco County Sheriff’s Department* Decision (8 de septiembre de 2014).

detención judicial o a la concurrencia de causa probable determinada judicialmente.<sup>111</sup> En otro sentido, hay normativas locales y estatales que hacen excepción a una práctica general de no responder *detainers* por meras infracciones administrativas de extranjería cuando se trata de un extranjero acusado o condenado por la comisión de determinados delitos considerados especialmente graves (p. ej., delitos violentos, pertenencia a organizaciones criminales, terrorismo).<sup>112</sup> En fin, algunos gobiernos locales introdujeron como limitación adicional la exigencia de que no se atendiera ningún *detainer* salvo que previamente se hubiera acordado con las autoridades federales el reembolso de los gastos asociados a su cumplimiento.<sup>113</sup>

<sup>111</sup> P. ej. a nivel estatal *Rhode Island*, Governor's Order (17 de julio de 2014). A nivel local, p. ej., *Kings County Sheriff's Policy* (junio de 2014) ("it is the policy of the Kings County Sheriff's Office to refrain from honoring detention requests from ICE ... unless the request is accompanied by a valid and enforceable warrant signed by a judicial officer"); *Orange County Sheriff's Office Decision* (20 de junio de 2014) ("will no longer hold inmates with ICE detainees ... absent a judicial determination of probable cause, a warrant of arrest, or other judicial order accompanying the ICE detainer"); *San Diego County Sheriff's Department*, aunque inicialmente en mayo de 2014 estableció una práctica que aceptaba como válidas las órdenes administrativas de detención y la existencia de causa probable determinada por las autoridades administrativas de inmigración, en virtud de una decisión de 25 de julio de 2014, se resolvió seguir la vía de exigir intervención judicial; *Broward County Sheriff's Office Legal Bulletin* (17 de julio de 2014) ("personnel should not honor ICE detainees unless they are supported by probable cause. Accordingly, a subject may be detained for ICE only when accompanied by a warrant issued by a federal judge or magistrate. An administrative warrant issued by an ICE official may not be used to detain a subject."); *Los Angeles Police Department Decision* (3 de julio de 2014) ("personnel shall cease honoring all detainees, unless one of the following conditions is met: judicial determination of probable cause for that detainee or a warrant from a Judicial Officer"), *City of Boston Trust Act*, § 2(b)(1) (27 de junio de 2014); *Philadelphia Executive Order* 1-14 (16 de abril de 2014).

<sup>112</sup> P. ej., a nivel estatal *Connecticut* Statewide House Bill 6659 (25 de junio de 2013); *California* Statewide Assembly Bill 4 (5 de octubre de 2013). A nivel local, p. ej., *San Francisco* (ciudad y condado) Administrative Code, ch. 121, sec. 121.3, 1 de octubre de 2013; *Los Angeles* Revision of Jail Operations Manual Section 2/500 (30 de noviembre de 2012), pp. 8-10; *Santa Clara County* 3.54 Civil Immigration Detainer Requests (18 de octubre de 2011); *Washington D.C.* Code § 24-211.07, (8 de agosto de 2012); *Chicago* Welcoming City Ordinance, §2-173-042 (12 de septiembre de 2012); *Cook County* Ordinance no. 11-O-73 (7 de septiembre de 2011); *New Orleans Parish Sheriff's Office* ICE Procedures (21 de junio de 2013); *New York City* Local Law 62 (22 de noviembre de 2011) y Local Law 021 (18 de marzo de 2013); *Multnomah County* Resolution no. 2013-032 (4 de abril de 2013); *Milwaukee* Resolution, File No. 12-135 (4 de junio de 2012); *Columbus* Police Division Directive 3.40: Arrest, Transport, and Slating (15 de abril de 2010); *Miami-Dade County* Resolution R-1008-13, (3 de diciembre de 2013); *City of Boston Trust Act*, § 2(b) (27 de junio de 2014).

<sup>113</sup> P. ej., normativas citadas en la nota anterior de *Santa Clara County* ("Santa Clara County only complies with civil immigration detainees where there is a written agreement with the federal government providing for reimbursement for all costs associated with detainee"); *Washington D.C.* y *Cook County*.

Como sabemos, en noviembre de 2014 el gobierno federal tomaba la decisión de finalizar el programa *Secure Communities* e iniciar un nuevo *Priority Enforcement Program* (PEP).<sup>114</sup> Con el nuevo programa, algunos de los problemas que había generado los *detainers* pueden quedar conjurados. Aunque se base en la misma mecánica de flujo automatizado de datos biométricos, el *detainer* sólo puede dictarse ahora cuando el extranjero que ha sido detenido por la policía local o estatal sea sospechoso de terrorismo o espionaje o de otra actividad que suponga un peligro para la seguridad nacional o haya sido previamente *condenado* por delitos que impliquen integración en un grupo criminal o se trate de delitos especialmente graves identificados como prioridad federal. Por el contrario, el estándar para librar un *detainer* en el marco de *Secure Communities* era mucho menos exigente, incluyendo a cualquier extranjero que hubiera sido *acusado formalmente* de *cualquier* delito (sin necesidad de que hubiera recaído sentencia condenatoria) y permitiendo la aplicación de una categoría residual en la que podrían entenderse incluidos los extranjeros que simplemente se encontraran ilegalmente en el país.<sup>115</sup>

Por otra parte, el propósito del *detainer* ya no es ordenar/solicitar la prolongación de la detención del extranjero para que el ICE pueda hacerse cargo de su custodia, sino una petición a la administración estatal o local para que notifique al ICE, con antelación, la puesta en libertad del extranjero detenido, con la finalidad de que, sin solución de continuidad, las autoridades federales puedan hacerse cargo de su custodia. No obstante, en “circunstancias especiales” sí se podrá solicitar la prolongación de la detención, en cuyo caso se exige específicamente que el extranjero encaje en alguna de las prioridades federales (recuérdese, la comisión de determinados delitos) y, además, que el *detainer* se base en la existencia de una ‘causa probable’ de que el extranjero puede ser expulsado.<sup>116</sup> No obstante, esa causa probable sigue pudiendo basarse en una determinación meramente administrativa, sin intervención judicial, y queda por ver cómo se interpretan esas “circunstancias especiales” que justifican el empleo del *detainer* con la finalidad, entonces sí, de solicitar la prolongación de la detención.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> Memorandum from Jeh Charles Johnson, Secretary, U.S. Department of Homeland Security, for Thomas S. Winkowski Acting Director U.S. Immigration and Customs Enforcement, Megan Mack Officer Office of Civil Rights and Civil Liberties, Philip A. McNamara Assistant Secretary for Intergovernmental Affairs, *Secure Communities* (20 de noviembre de 2014).

<sup>115</sup> Ver Memorandum *Guidance on the Use of Detainers* (2012), p. 2 y DHS Form I-247 (12/12).

<sup>116</sup> Memorandum *Secure Communities* (2014), p. 2.

<sup>117</sup> En este sentido, ver American Civil Liberties Union, *DHS Secretary Johnson Discontinues Secure Communities “As We Know It” Clarification Is Critical to Achieve Meaningful Change and Not More of the Same Under a Different Name* (17 de diciembre de 2014), pp.

Una última cuestión para terminar. Transformado el *detainer* en una mera solicitud de notificación, es decir, en una simple petición de que se facilite al ICE la información relativa al momento de la puesta en libertad del extranjero, cabe preguntarse si los Estados y entidades locales pueden oponerse aún a esa simple provisión de información.<sup>118</sup> Para este interrogante ya tenemos respuesta puesto que, como sabemos, el legislador federal ha privado a los Estados y entidades locales del poder para prohibir o restringir la comunicación voluntaria de información a las autoridades federales.<sup>119</sup> Por tanto, esas normativas locales serían contrarias al diseño del legislador federal y, si fueran llevadas ante algún tribunal, creemos que quedarían sin efecto.

## **E. Los límites de la autonomía estatal y de la *anticommandeering rule***

Hasta ahora hemos hecho una exposición de las formas que ha adoptado la resistencia de los Estados y entidades locales a la cooperación en la ejecución del derecho federal de extranjería y, en qué medida, han encontrado en la Constitución nacional cierta protección frente a los mandatos federales. Es cuestión ahora de analizar los límites de esa protección de la autonomía estatal. Primero, los límites internos de la *anticommandeering rule*, y si hay posibilidad de que el legislador federal, sin quebrantar sus exigencias, pueda imponer algún tipo de mandato a las administraciones subfederales. Segundo, estudiaremos las posibles vías para que el legislador federal obtenga indirectamente, ejercitando su poder preventivo o estableciendo condiciones a la financiación de determinados programas, lo que no puede alcanzar directamente, esto es la participación de los Estados y entidades locales en la persecución de la inmigración irregular.

4, 5, que entiende debe tratarse de “extraordinarias circunstancias que escapan al control del ICE;” y National Immigration Law Center, *Priority Enforcement Program: Why ‘PEP’ Doesn’t Fix S Why ‘PEP’ Doesn’t Fix S-Comm’s Failings* (junio de 2015), p. 2.

<sup>118</sup> Así lo han hecho, *p. ej.*, *Cook County Ordinance* no. 11-O-73 (7 de septiembre de 2011) (“County personnel shall not expend their time responding to ICE inquiries or communicating with ICE regarding individuals’ incarceration status or release dates while on duty.”); *Fulton County Sheriff’s Department, Resolution* (septiembre de 2014) (igual); *City of Philadelphia Executive Order* 1-14 (16 de abril de 2014) (“...nor shall notice of his or her release be provided”).

<sup>119</sup> Secs. 1644 y 1373(a) y (b) USC 8.

## 1. Los límites internos de la *anticommandeering rule*: los mandatos permitidos

LA *ANTICOMMANDEERING RULE* impide a los poderes federales imponer a los Estados o entidades locales una actuación *positiva* en relación con la incorporación de leyes federales a sus ordenamientos o la implementación, aplicación o administración de una normativa o programa federal. Sin embargo, sí se permite al legislador federal imponer a los poderes estatales un comportamiento negativo, la inacción, aprobando legislación que deje sin efecto la normativa estatal o local, y que prohíba toda actuación en un determinado ámbito. Hemos visto cómo precisamente la composición de la normativa de 1996 como una (doble) *prohibición* supuso el aval de su constitucionalidad en *City of New York*. Pero queda aún por examinar los límites internos de la *anticommandeering rule* ¿queda verdaderamente prohibida toda imposición de una obligación de actuar o hay alguna excepción? Veámoslo.

El punto de partida debe situarse en una afirmación, hecha *obiter dictum*, y contenida en el texto que la mayoría de los jueces del Tribunal Supremo firmaron en *Printz*. Examinando la práctica histórica de la imposición, por los poderes federales, de mandatos ejecutivos a los gobiernos de los Estados, el juez Scalia destaca que son pocos los casos que pueden encontrarse y descarta que puedan contarse entre ellos aquellos en “que se exige únicamente la comunicación de información a las autoridades federales” ya que la mera exigencia de información no presenta los problemas que sí tiene “la participación efectiva de los ejecutivos estatales en la administración de un programa federal.”<sup>120</sup> En su voto concurrente, la juez O'Connor distingue también “otras exigencias de mera gestión y notificación de información impuestas por el Congreso a las autoridades estatales y locales.”<sup>121</sup> La excepción anticipada en *Printz* parece confirmarse, como vimos más arriba, en *Condon*, donde el Tribunal confirma la constitucionalidad de una ley federal que regula los Estados en cuanto meros “titulares de bases de datos.”<sup>122</sup>

En línea con esa excepción hecha en *Printz*, los tribunales federales inferiores han concluido que imponer a los Estados la obligación de facilitar información sobre la violación del Derecho federal no sería lo mismo que imponer su ejecución.<sup>123</sup> La simple demanda de información no implicaría los mismos problemas

<sup>120</sup> *Printz*, 521 U.S., p. 918

<sup>121</sup> *Id.*, p. 936

<sup>122</sup> *Reno v. Condon* 528 U.S. 141 (2000), p. 151.

<sup>123</sup> *P. ej.*, *City of New York v. United States*, 179 F.3d 29 (2d Cir. 1999), examinado más arriba, es un ejemplo significativo (en especial, pp. 34–35). También *Freilich v. Upper Chesapeake Health, Inc.*, 313 F.3d 205 (4th Cir. 2002) p. 214, la simple exigencia de enviar informes al

para los Estados y entidades locales, en términos políticos y económicos, que se encuentran en la razón de ser de la *anticommandeering rule*, ya que únicamente se estaría solicitando a los Estados que compartieran una información que ya tienen en su poder, requerimiento que no exigiría ni actuaciones ni inversión adicionales para obtenerla.

Parecería, pues, según esta doctrina, que la mayor parte de los autores da por buena,<sup>124</sup> que los poderes federales podrían llegar a imponer a los Estados la obligación de *comunicar o transmitir* información sobre la situación administrativa de extranjería de las personas que solicitaran la prestación de algún servicio público (p. ej., educación, sanidad) o que fueran detenidas por la policía, siempre que esa información, obtenida en el ejercicio ordinario de sus funciones y para el cumplimiento de sus propios fines, ya estuviera en posesión de la administración estatal o local y que se obtenga. Parece, por ello, que la excepción que hemos expuesto a la *anticommandeering rule* avalaría la constitucionalidad de iniciativas como *Secure Communities* o el *Priority Enforcement Program*, que se basan precisamente en la transmisión automatizada a la administración federal de la información *ya* obtenida por las fuerzas policiales estatales y locales en el ejercicio ordinario de sus funciones (investigar y perseguir infracciones) y para sus propios fines (obtener datos personales e historial criminal de la persona detenida). Otra cosa sería que el legislador federal pretendiera imponer a las autoridades locales o estatales una obligación de *obtener o comprobar*, en primer término, la información sobre el estatus inmigratorio de los detenidos, fichados o incluso de aquellos que simplemente encontrasen en el ejercicio de sus funciones. Ello claramente entraría en el terreno vedado por *Printz*.<sup>125</sup>

*Board of Medical Examiners* no viola la *anticommandeering rule*; y *United States v. Brown*, WL 4372829 (S.D.N.Y. Dec. 12, 2007), pp. 4-6, la simple exigencia de que los agentes estatales faciliten a la administración federal información sobre agresores sexuales, información que recogen en el ejercicio ordinario de sus funciones, a los efectos de que se cree una base de datos federal, no viola la Décima Enmienda.

<sup>124</sup> *P. ej.*, Kittrie, “Federalism, Deportation, and Crime Victims Afraid to Call the Police,” p. 1492 “una normativa federal que específicamente imponga a los agentes estatales o locales a revelar información a las autoridades federales sería constitucional;” Jackson, “Federalism and the Uses and Limits of Law,” pp. 2253-54, para quien “actividades relativamente menores como la conservación o comprobación de registros o la comunicación de información deben distinguirse de obligaciones más sustantivas que gravan los recursos estatales y... que se asemejan a una responsabilidad del legislador;” Hills, “The Political Economy of Cooperative Federalism,” pp. 933-34, justifica especialmente la validez de las meras solicitudes de información cuando ésta sólo se puede obtener por los Estados y contar con ella es necesaria para poder cumplir con un propósito federal legítimo.

<sup>125</sup> En este sentido, *p. ej.*, Gulasekaram y Villazor, “Sanctuary Policies & Immigration Federalism,” p. 1703.

Sin embargo, hay una parte de la doctrina que muestra sus reservas,<sup>126</sup> cuando no una abierta crítica,<sup>127</sup> a la distinción hecha en *Printz*. Para estos autores, la distinción entre requerimientos de información y la realización de otro tipo de actividades administrativas es insostenible y aplicar de forma coherente *Printz* exige considerar que tanto la exigencia de transmisión de información como la imposición de la obligación de obtenerla, son contrarias a la *anticommandeering rule*.<sup>128</sup> Ello es así, se defiende, puesto que la imposición de obligaciones de compartir información genera los mismos perjuicios económicos (en término de gasto de recursos propios) y políticos (en términos de responsabilidad electoral por políticas impopulares) para el Estado que justificaron la inconstitucionalidad de la legislación federal en *Printz*. Así, el coste económico de compartir información, aun cuando esta ya se encuentre en poder de la administración estatal o local, derivaría indirectamente del hecho de que esa información sería más difícil de obtener por el destino compartido que tiene. Sabiendo que las autoridades locales comparten la información con la administración federal, los inmigrantes irregulares no denunciarían la comisión de delitos de los que fueran víctimas o testigos, en definitiva no colaborarían con la policía, que vería dificultado el cumplimiento de sus funciones y se vería obligada a obtener la información de otras fuentes. De igual forma, las autoridades locales o estatales serían vistas como coparticipes en la persecución de la inmigración irregular, debiendo cargar con las consecuencias

<sup>126</sup> P. ej., Caminker, “Printz, State Sovereignty, and the Limits of Formalism,” p. 234 “no está claro el fundamento de la distinción entre la administración de un programa federal y la obligación de compartir información;” Tribe, *American Constitutional Law*, p. 886 que opina que es complicado trazar una línea clara entre meras exigencias de compartir información y otras actividades que exijan más. En el contexto específico del derecho de extranjería, Pham, “The Constitutional Right Not to Cooperate,” pp. 1407-08, considera que “no está claro si una hipotética obligación de comunicar información se podría considerar” un acto de mera gestión, ya que “desde un punto de vista práctico la administración federal necesitaría también que los agentes locales mantuvieran detenido al extranjero indocumentado hasta que el ICE u otra agencia federal se haga cargo de su custodia... o que llevaran a cabo breves indagaciones en primer término para determinar qué personas se encuentran en situación irregular. Cualquiera de estas actividades supera la mera gestión y entra de lleno” en el terreno de la inconstitucionalidad.

<sup>127</sup> Sin duda el que ha hecho un examen más exhaustivo y complete del tema Mikos, “Can the States Keep Secrets from the Federal Government,” pp. 154-64.

<sup>128</sup> Mikos lleva incluso más allá este argumento señalando que la distinción quiebra el propio fallo alcanzado por el Tribunal Supremo en *Printz* que se refería precisamente a un programa que exigía la búsqueda y el análisis en bases de datos estatales sobre historiales criminales. Id. pp. 140-43. Pero el argumento, creemos, es endeble, ya que precisamente lo que el TS encontró problemático a la luz de la Décima Enmienda fue precisamente que la ley federal no se limitaba a exigir que se compartiera una información, sino a que los agentes estatales se llevaran a cabo, en el ejercicio de sus funciones, una indagación en el historial criminal del sujeto, accediendo a bases de datos y registros sólo disponibles para ellos.



negativas que para parte del electorado tienen las políticas federales de inmigración, electorado que, como hemos visto, es mayoritario en algunos Estados y entidades locales.<sup>129</sup>

Antes de abandonar la cuestión de las obligaciones positivas que, en su caso, no impediría imponer la *anticommandeering rule*, es preciso recordar que tanto en *New York* como en *Prinz* el Tribunal Supremo ha indicado que la inflexible prohibición de coacción no se extendería a las leyes federales que tengan un alcance general, es decir que regulan tanto la conducta de las autoridades estatales y locales como la esfera jurídica de particulares. No obstante la enorme dificultad de diferenciar este tipo de normas, especialmente en una sociedad como la actual en la que cada vez más funciones públicas se desarrollan en régimen de derecho privado, cabe plantearse si el legislador federal podría elaborar, en materia de extranjería, una norma de estas características que quedara a salvo de cualquier tacha de inconstitucionalidad. A título puramente especulativo, una ley de tales características podría imponer a los empleadores, transportistas, arrendadores, centros escolares (públicos y privados), y centros sanitarios (públicos y privados), además de a funcionarios y autoridades estatales y locales, la obligación de obtener y compartir información sobre la situación administrativa de extranjería de quienes utilizaran servicios públicos.<sup>130</sup> No creemos que una norma de tales características violara la *anticommandeering rule*.

## 2. La ‘preención condicional’ y su escasa eficacia en el contexto de la no cooperación en la ejecución

SOBRE EL PAPEL, como hemos visto más arriba, la doctrina del Tribunal Supremo distingue de la *anticommandeering rule* los instrumentos propios del federalismo cooperativo, entre ellos la llamada ‘preención condicional.’ El legislador federal puede, en efecto, limitar el efecto preentivo de la legislación federal, preservando así al menos en parte las competencias reguladoras y de ejecución de los

<sup>129</sup> Esta argumentación, aplicada al programa *Secure Communities* y sosteniendo que es contrario a la *anticommandeering rule*, Cimini, “Hands off Our Fingerprints: State, Local, and Individual Defiance of Federal Immigration Enforcement,” pp. 141-145. En general, Pham, “The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position,” p. 976 n56.

<sup>130</sup> Adler y Kreimer, “The New Etiquette of Federalism,” p. 111 se preguntan si la *Brady Act* hubiera sido declarada inconstitucional por el Tribunal Supremo si hubiera comprendido dentro de su ámbito de aplicación no sólo a las autoridades policiales estatales y locales sino también a cualquier entidad pública o privada que tuviera fácil acceso a la información sobre los antecedentes penales de los compradores de armas de fuego (como investigadores privados o establecimientos de crédito).

Estados, bajo la condición de que estos implementen el ordenamiento nacional actuando dentro del margen de discrecionalidad permitido. Caso de no hacerlo, el legislador amenaza con extinguir (*preempt*) la capacidad estatal para regular la materia. Al contrario que el otro gran instrumento del federalismo cooperativo, la imposición de condiciones (regulatorias o de ejecución) a la participación subvencionada en programas federales, la ‘preención condicional’ no cuenta con límite alguno a su capacidad para persuadir (y, en el fondo, coaccionar) al Estado, lo que ha llevado a algunos autores a considerar que ello convierte a la *anticommandeering rule* en una mera formalidad irrelevante, ya que los poderes federales siempre podrían exigir a los Estados y entidades locales implementar el derecho federal o ver desmantelados sus poderes regulatorios o de ejecución.<sup>131</sup>

El Tribunal Supremo ya había tenido la oportunidad de avalar la constitucionalidad de esta técnica regulatoria,<sup>132</sup> y en *New York*, más arriba examinado, se limitó a señalar que “cuando el legislador tiene competencia para regular una actividad privada con base en la Cláusula de Comercio, hemos reconocido [su] capacidad para ofrecer a los Estados la opción entre regular la actividad de conformidad con los estándares federales o ver excluida la normativa local por efecto el derecho federal.”<sup>133</sup> En *Printz*, implícitamente se aceptó la misma conclusión.

Debe notarse, sin embargo, la limitada capacidad que tiene la preención condicional para vencer la resistencia de los Estados en el contexto de la ejecución del derecho federal. La ‘preención condicional’ dice a los Estados: ‘o implementáis el derecho nacional de la manera exigida por los poderes federales, o el legislador y la administración federales asumirán en exclusiva la regulación de la materia y monopolizarán su aplicación.’ Pero, parapetados tras la *anticommandeering rule*, precisamente lo que los Estados y entidades locales reclaman es que sea la administración federal la que lidie en exclusiva con la ejecución del ordenamiento de extranjería, sin implicar para ello a las burocracias subfederales. Los Estados no tienen ningún interés en preservar parte de su capacidad regulatoria

<sup>131</sup> Hills, “The Political Economy of Cooperative Federalism,” p. 921.

<sup>132</sup> En *Hodel v. Va. Surface Mining & Reclamation Ass’n*, 452 U.S. 264 (1981), pp. 268-70 el tribunal avaló la constitucionalidad de un marco regulador federal en virtud del cual se imponía a los Estados la obligación de regular determinados aspectos de la explotación minera en superficie de conformidad con los estándares federales so pena de que fuera la propia normativa federal (la *Surface Mining Control and Reclamation Act*) la que disciplinara la materia en solitario. En *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982), pp. 769-71 se puede observar un empleo especialmente agresivo de la ‘preención condicional.’ En él, el Tribunal declaró la conformidad con la Décima Enmienda de una ley federal que imponía a las agencias estatales la obligación de establecer implementar determinadas normas federales en materia de energía, previendo que, de no hacerlo, ninguna otra norma, ni federal ni estatal, sería aplicable. Asuntos extensamente examinados en Rotunda, “The Doctrine of Conditional Preemption and Other Limitations on Tenth Amendment Restrictions,” pp. 306-21.

<sup>133</sup> 505 US (1992), p. 167.

o de sus competencias de ejecución. Antes al contrario, la lógica es la inversa a la vista en los casos característicos de la preención condicional: el interés de los Estados radica en que se preserve su capacidad para *no* intervenir. De nada sirve la preención condicional como instrumento de persuasión, pues no se puede amenazar a los Estados con lo que los Estados desean desde el primer momento, que la persecución de la inmigración clandestina se asuma en exclusiva como una competencia nacional y que sea la administración federal la que ejecute, en el territorio del Estado, el ordenamiento de extranjería.

### 3. La imposición de condiciones a la financiación federal y la cooperación de los Estados

LA CONSTITUCIÓN RECONOCE al legislador federal un amplio poder financiero<sup>134</sup> y una capacidad de gasto público que no se limita sólo al ejercicio de las competencias enumeradas constitucionalmente, sino que alcanza cualquier objetivo que pueda considerarse de interés general, siempre y cuando, eso sí, no se vulnere ninguna otra garantía constitucional. Un uso muy importante que puede hacer el legislador del poder financiero es establecer condiciones a la financiación proporcionada a los Estados con cargo al presupuesto federal. La jurisprudencia fue perfilando una serie de requisitos que debían cumplirse para el válido ejercicio de este poder de ‘gasto condicional,’ (*conditional spending*), exigiendo que la condición impuesta tenga relación con el interés federal que se quiere promover, que la intención del legislador de condicionar la percepción de fondos federales sea clara e inequívoca permitiendo así a los Estados a hacer una elección informada, consciente de las consecuencias de su participación en el programa subvencionado. Por supuesto, como una manifestación que es del poder financiero federal, debe emplearse para alcanzar un objetivo de interés general, aunque los tribunales han mostrado gran deferencia hacia el juicio hecho por el legislador, y deben respetarse aquellas otras previsiones constitucionales que puedan imponer límites a su ejercicio.<sup>135</sup>

A la hora de evaluar si los límites descritos se han articulado eficazmente para moderar las capacidades coercitivas federales, con excepción de un asunto de

<sup>134</sup> Art. I, Sec. 8, § 1 U.S. Const.: “El Congreso tendrá potestad: Para imponer y recaudar tributos, aranceles, impuestos y consumos para pagar las deudas y sufragar los gastos de la defensa común y del bienestar general de los Estados Unidos; pero todos los aranceles, impuestos y consumos serán iguales en todos los Estados Unidos.”

<sup>135</sup> Stone et al., *Constitutional Law*, pp. 301-310.

1937,<sup>136</sup> la única pista la vamos a encontrar en *South Dakota v. Dole*,<sup>137</sup> asunto en el que el Tribunal Supremo se pronunció sobre la constitucionalidad de una ley aprobada por el Congreso que autorizaba al *Secretary of Transportation* a retirar hasta un 5 por cien de los fondos que el gobierno federal proporciona para mantenimiento y ampliación de la red de carreteras, a aquellos Estados que no establezcan en veintiún años la edad mínima para consumir alcohol. Se recurría a esta técnica legislativa porque la interpretación que se venía haciendo de la Vigésimo-primer Enmienda, que reconocía amplio control a los Estados sobre la regulación de las bebidas alcohólicas, ponía en duda la competencia federal en la materia. El tribunal, en el discurrir de su razonamiento, que concluirá con la confirmación de la constitucionalidad de la normativa federal, reconoce que, “en algunas circunstancias, los incentivos financieros ofrecidos por el Congreso pueden tener tal capacidad coactiva que lleguen hasta el punto de convertir la presión en compulsión” insinuando que ello podría constituir un límite adicional al poder financiero del legislador federal. Pero concluye que en el caso que tiene ante sí, la amenaza que hace el legislador federal sólo puede calificarse de “leve estímulo.” El propio tribunal, no obstante, reconoce la dificultad de valorar la existencia o el grado de la coerción para distinguir entre la seducción permitida y la coacción prohibida, pero concluye que los Estados han ejercido “su libre albedrío” a la hora de decidir si cumplir o no con la condición establecida por el legislador federal para la percepción de los fondos federales para carreteras, y la elección de ejercitar su poder normativo para establecer una edad mínima superior para el consumo de alcohol “constituye una prerrogativa de los Estados no sólo teórica sino efectiva.”<sup>138</sup>

La nueva jurisprudencia sobre el modelo federal que alumbró el Tribunal Supremo en la década de los años 90, y que más arriba hemos descrito sucintamente, no limitó el poder financiero nacional (como sí hizo, por ejemplo, con la Cláusula de Comercio o de la Decimocuarta Enmienda) que se convirtió, por ello, en un candidato sin igual para sortear las restricciones que se habían impuesto a los otros poderes federales y para esquivar los nuevos límites derivados de la Décima Enmienda.<sup>139</sup> El propio Tribunal Supremo, en *Printz* y en *New York*, dejó

<sup>136</sup> *Steward Machine Company v. Davis*, 301 U.S. 548 (1937), que citará profusamente el Tribunal Supremo en *Dole*, y en el que el juez Cardozo avaló la constitucionalidad de una ley clave del New Deal, la *Social Security Act*, que empleaba la técnica de condicionar la inversión federal, descartando que ello implicara compulsión para los Estados. En especial, pp. 589-90.

<sup>137</sup> 483 U.S. 203 (1987).

<sup>138</sup> *Id.*, pp. 211-12. Sobre este aspecto de la sentencia, McCoy y Friedman, “Conditional Spending,” 118-120

<sup>139</sup> *P. ej.*, Metzger, “Federalism under Obama,” pp. 616-17.

en pie el poder federal para condicionar la financiación de los Estados.<sup>140</sup> La premisa de la que parte esta deferencia hacia el poder financiero es que mientras que la imposición por el legislador federal de la obligación de regular una determinada materia o ejecutar o administrar un determinado programa federal no deja libertad de elección a los Estados, estos siempre pueden rechazar la financiación y de esa forma evitar el mandato a cuyo cumplimiento está condicionada. Sin embargo, es extraordinariamente difícil trazar una línea más allá de la cual la condición se vuelve coactiva en una medida tal que entra en el territorio vedado por la *anticommandeering rule*. Desde el punto de vista del poder normativo federal, imponiendo condiciones a la financiación proporcionada a los Estados, el legislador puede alcanzar incluso aquellos objetivos que tiene vedados si empleara una técnica de regulación directa.<sup>141</sup> Es un verdadero poder indirecto de regulación. Precisamente por ello, tanto la doctrina como alguna jurisprudencia han explorado formas de constreñir también su alcance.<sup>142</sup> Sin embargo, las tentativas emprendidas por los tribunales federales inferiores se centraron en expandir la exigencia de que la intención condicional del legislador sea clara e inequívoca<sup>143</sup> pero nada se hizo para construir y aplicar la prohibición de coerción como límite del poder financiero del legislador. Nada, hasta 2012, en que el Tribunal Supremo para apuntar hacia un verdadero principio anti-coerción, más amplio y con mayor potencial para limitar las competencias federales que la *anti-commandeering rule*.

El Tribunal Supremo, en efecto, llegaría más lejos en *National Federation of Independent Business (NFIB) v. Sebelius*,<sup>144</sup> asunto en el que por primera vez se declara la inconstitucionalidad de una condición impuesta por el legislador federal en el ejercicio de su poder financiero por razón de que constituye una coerción no permitida para los Estados. El asunto y la propia ley federal considerada por el Tribunal (la *Affordable Care Act*, una de las leyes estrella impulsada por el gobierno de Obama) presentan complejidades que no podemos abordar aquí. Baste sólo con señalar que la ley exigía a los Estados participar en la expansión de la

<sup>140</sup> *New York*, 505 US (1992), pp. 152-54, 185-88, concluye que el legislador federal puede inducir a los Estados a que regulen la eliminación de los residuos radiactivos a través de incentivos económicos, aunque no puede coaccionarles a ello bajo la amenaza de hacerles responsables civilmente de los daños que los residuos puedan causar; *Printz*, 521 US (1997), pp. 917-18, donde distingue entre mandatos prohibidos por la *anticommandeering rule* y condiciones anejas a la recepción de fondos federales.

<sup>141</sup> *P. ej.*, Kortoszynski, "Listening to the Sounds of Sovereignty but Missing the Beat," p. 17.

<sup>142</sup> *P. ej.*, Baker y Berman, "Getting off the Dole" pp. 460-61 y Baker, "The Spending Power and the Federalist Revival," p. 195.

<sup>143</sup> Lo explica en detalle Bagenstos, "Spending Clause Litigation in the Roberts Court," pp. 393-403.

<sup>144</sup> 132 S.Ct. 2566 (2012).

cobertura del programa federal de seguros de salud para la gente necesitada (*Medicaid*), existente desde los años 60, como condición para poder seguir percibiendo cualquier fondo federal vinculado a dicho programa. Un Estado que opta por no participar en la expansión de la cobertura sanitaria se arriesga a perder toda la financiación.

Puesto que la “legislación resultante del ejercicio del poder financiero federal puede en ocasiones caracterizarse como de naturaleza contractual” afirma el Tribunal, “la legitimidad del legislador... depende de que el Estado voluntariamente y de manera informada acepte los términos del contrato.” Y un Estado no puede decirse que ha aceptado voluntariamente cuando el legislador emplea “estímulos financieros para desplegar un poder asimilable a una influencia indebida.” El legislador, explica la sentencia, “puede hacer uso de su poder financiero con la finalidad de crear incentivos para los Estados y que así estos actúen de acuerdo con las políticas federales. Pero cuando la presión se transforma en compulsión, la legislación violenta nuestro modelo federal.”<sup>145</sup> Con ello, el Tribunal hace de la coerción el argumento central de su razonamiento. La necesidad de evitar la coacción a los Estados radica en la necesidad de preservar la “naturaleza de entes soberanos que poseen en nuestro sistema federal,” soberanía a la que se asocian dos valores esenciales: la libertad individual, que sufriría si el poder se concentrara en un sólo gobierno central y la responsabilidad política de los gobernantes, que sólo podría preservarse si el Estado tuviera verdadera libertad para aceptar o no la financiación federal y las condiciones programáticas anejas, de tal forma que los electores pudieran hacer responsables de la elección a las autoridades estatales.<sup>146</sup> Al conectar estos valores con el poder financiero, el texto de la sentencia lo presenta por primera vez en línea de razonamiento con su doctrina sobre la Décima Enmienda. La imposición de condiciones a la inversión federal como forma de regulación indirecta, puede presentar los mismos problemas que se tratan de evitar con la *anticommandeering rule*.

Aunque el Tribunal no elabora un marco claro y general para elevar la prohibición de coerción a un nuevo requisito del ejercicio del poder financiero, hay tres factores que tiene en cuenta para concluir que la expansión del programa *Medicaid* es coactiva e inconstitucional: primero, ya existiendo un programa federal, de amplias dimensiones y cuya financiación es condicional, se impone a los Estados como nueva condición para seguir participando en él que deben aceptar participar en un nuevo programa distinto e independiente del primero; segundo, en el momento en el Estado aceptó participar en el primer programa, no era clara e

<sup>145</sup> *Id.*, p. 2602.

<sup>146</sup> *Id.*

inequívoca la intención del legislador de condicionar su financiación a la participación en un segundo programa posterior; por último, el incentivo económico de los Estados para aceptar participar en el nuevo programa no puede considerarse, como en *Dole*, un “leve estímulo,” sino una “pistola en la cabeza,” (*sic*) ya que los Estados que opten por no participar no pierden sólo pequeña parte de la financiación federal vinculada al *Medicaid*, sino toda la financiación del programa, que representa el diez por cien de los presupuestos estatales, lo que no es sino verdadera “violencia económica que deja los Estados otra opción real que la de consentir en la expansión del programa.”<sup>147</sup> Estos factores hacen que la ley federal tenga el efecto de “reclutar forzosamente a las agencias estatales para el ejército burocrático nacional” y convierten la expansión de *Medicaid* en coactiva.<sup>148</sup> Queda aún por saber cuál será el alcance de las limitaciones que el Tribunal Supremo parece dispuesto a poner al poder financiero federal en lo que se refiere a su empleo para alterar la distribución competencial. Sobre todo por lo apegado de su juicio al supuesto de hecho que se le planteaba, algunos autores han cuestionado su impacto futuro.<sup>149</sup>

En el ámbito de la política migratoria, el legislador no ha llegado a materializar el empleo de esta técnica regulatoria para ejercer presión sobre los Estados y entidades locales para conseguir, indirectamente, lo que la *anticommandeering rule* impide que haga directamente: lograr que los Estados cooperen con las autoridades federales de inmigración. No obstante, se han presentado proyectos de ley en prácticamente todas las legislaturas desde 2003, bajo el acrónimo *CLEAR Act* (correspondiente a *Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal*), que, concebidas para evitar las limitaciones impuestas por la Décima Enmienda y la *anticommandeering rule*, no exigen a las autoridades locales o estatales la

<sup>147</sup> *Id.*, pp. 2603-07.

<sup>148</sup> El texto que constituye la sentencia del Tribunal, en lo referente a la expansión del *Medicaid*, está firmado sólo por tres jueces, mientras que el voto discrepante, que también habría declarado la inconstitucionalidad, pero con otra argumentación, está suscrito por cuatro. Ello hace que la opinión del Tribunal no tenga valor de precedente vinculante. Sobre ello *The Volokh Conspiracy*, “What Did the Court ‘Hold’ About the Commerce Clause and Medicaid?,” entrada de blog por John Elwood, 2 de julio de 2012, disponible en <http://volokh.com/2012/07/02/what-did-the-court-hold-about-the-commerce-clause-and-medicaid/>. La argumentación de los jueces discrepantes centra su atención únicamente en el tercero y último de los factores analizados por la sentencia para afirmar que lo determinante para declarar la inconstitucionalidad es la amplitud del programa federal al que se aneja la condición y la excesiva carga impuesta a los Estados que opten por no participar. *NFIB*, 132 S.Ct., pp. 2662-64.

<sup>149</sup> *P. ej.*, Bagenstos, “Viva Conditional Federal Spending!,” pp. 95-96. Para este autor, además, el argumento de los cuatro jueces discrepantes tiene mayor potencial para poner en peligro la legislación federal que el de la sentencia firmada por los tres jueces, Bagenstos, “The Anti-Leveraging Principle and the Spending Clause after *NFIB*,” p. 867.

cooperación en la ejecución del ordenamiento de extranjería, sino que vinculan la financiación federal a dicha cooperación.<sup>150</sup> En concreto, prevé que aquellos Estados o entidades locales que mantengan en vigor normativas, prácticas o políticas que prohíban a sus agentes o fuerzas policiales la asistencia a las autoridades federales en la ejecución de la legislación de inmigración, serán privados de los fondos federales previstos para compensar por los costes derivados de la encarcelación de delincuentes extranjeros,<sup>151</sup> y no podrán beneficiarse de la financiación adicional prevista en la propia *CLEAR Act*. Lo primero, no obstante, no está exento de dificultades jurídicas ya que los referidos fondos tienen la naturaleza jurídica de *pagos compensatorios* por los costes asociados con la encarcelación de extranjeros que la administración federal no ha logrado expulsar en ejecución de las leyes de inmigración y no *subvenciones*, en sentido estricto, a cuya recepción pudiera imponerse condiciones.

Sea como fuere, tras el trágico suceso en San Francisco cuya descripción inicia este trabajo, se han presentado nuevas iniciativas del mismo tipo, cuyo destino en el *iter* parlamentario aún es incierto.<sup>152</sup> Más incierto aún es saber si el nuevo rumbo que parece haber tomado la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras

<sup>150</sup> *P. ej.*, *CLEAR Act* of 2015, H.R.2964, 114th Congress (2015); *CLEAR Act* of 2013, H.R.2264, 113th Congress (2013); *CLEAR Act* of 2011, H.R.100, 112th Congress (2011); *Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal Act* of 2009, H.R.2406, 111th Congress (2009); *Charlie Norwood CLEAR Act* of 2007, H.R.3494, 110th Congress (2007); *CLEAR Act* of 2007, H.R.842, 110th Congress (2007); *CLEAR Act* of 2005, H.R.3137, 109th Congress (2005); *Clear Law Enforcement for Criminal Alien Removal Act* of 2003, H.R.2671, 108th Congress (2003). También la *No Sanctuary for Illegals Act*, H.R.5002, 111th Congress (2010). En la doctrina, *p. ej.*, Vaughan y Doubleday, *Subsidizing Sanctuaries*.

<sup>151</sup> Prevista, como sabemos, en el contexto del *State Criminal Alien Assistance Program* (SCAAP), Ver sec. 1231(i) USC 8. Ya en 2002, un informe en el que se evaluaba la efectividad de los programas de cooperación interadministrativa puestos en marcha en los años 80 para facilitar la identificación y expulsión de delincuentes extranjeros puso de manifiesto que una de las razones por las que no estaba teniendo éxito era precisamente la falta de colaboración de las administraciones estatales y locales, a pesar de recibir fondos federales en el contexto del SCAAP y recomendaba expresamente condicionar la recepción de los fondos a que las agencias estatales y locales cooperen. U.S. Department of Justice, Office of the Inspector General, *Immigration and naturalization Service Institutional Removal Program*, Audit Report 02-41 (Washington DC, 2002), pp. 17-19.

<sup>152</sup> De forma paralela, como suele ser habitual, se presentaron en julio de 2015 en la *House of Representatives* (H.R. 3009, *Enforce the Law for Sanctuary Cities Act*) y en el *Senate* (S. 1814, *Stop Sanctuary Cities Act*), sendos proyectos de ley que recogen el testigo de las *CLEAR Act*, aunque en algunas cuestiones llegan más allá. En concreto, el proyecto del *Senate* declara ilegal no cumplir con un *detainer* y ambas iniciativas prevén la pérdida, no solo de la financiación procedente del SCAAP, sino también de otros programas federales de financiación de los sistemas policiales y judiciales estatales (como los *Byrne Memorial Justice Assistance Grants* o el programa *COPS*). El proyecto presentado en la *House of Representatives* fue aprobado el 23 de julio de 2015.



*NFIB* sobre el empleo de previsiones condicionales de gasto como instrumento coactivo de los poderes estatales pudiera afectar a la constitucionalidad de estas iniciativas, si se llegaran a aprobaran. Desde luego, los programas implicados nos parecen muy alejados de las dimensiones del programa *Medicaid*<sup>153</sup> y de las implicaciones de la *Affordable Care Act*<sup>154</sup> y de aplicarse los angostos criterios manejados por el Tribunal Supremo en el texto de la sentencia para declarar la inconstitucionalidad de la expansión del *Medicaid* no creemos que hubiera lugar para declarar su inconstitucionalidad.

## **F. El quebradizo estatus de los entes locales en el en el modelo federal de los Estados Unidos y el futuro de las ciudades ‘refugio’**

Tornamos ahora nuestra atención hacia las entidades locales,<sup>155</sup> origen de la mayor parte de las políticas de no cooperación estudiadas. Si, como hemos venido reiterando, las protecciones constitucionales de los entes locales frente a los poderes federales son coextensas a las de los Estados, es necesario preguntarse ahora si las mismas están dotadas de alguna *frente a los propios poderes estatales*. Adviértase que nuestra familiaridad con una autonomía local constitucionalmente garantizada no va a ser demasiado útil a la hora de estudiar el estatus de los entes locales en el modelo federal de los Estados Unidos.

<sup>153</sup> Téngase en cuenta, *p. ej.*, que, en una lista de cien programas federales ordenada en atención a su importancia cuantitativa en el presupuesto del Estado de Texas, el programa *SCAAP* ocupaba en 2013 el puesto 87 (11,9 mill. de dólares), y los *Byrne Memorial Justice Assistance Grants* el 76 (15,7 mill. de dólares). Por el contrario, *Medicaid* es el programa federal más importante en el presupuesto de Texas (17.517,6 mill. de dólares). Legislative Budget Board Staff, State of Texas, *Top 100 Federal Funding Sources in the Texas State Budget Legislative Primer* (Austin, 2013), pp. 10-11.

<sup>154</sup> Aunque estas iniciativas también prevén la supresión de *toda* financiación en los programas federales para aquellos Estados que no cooperen con las autoridades federales de inmigración. *P. ej.* sec 3(a) H.R. 2964, *CLEAR Act of 2015* o sec. 2(b)(1) y (2) S. 1814 *Stop Sanctuary Cities Act*.

<sup>155</sup> Denominación genérica en la que incluimos tanto las *municipalities* (*cities*, *towns* y *villages*), como los *counties*, *townships* y otras demarcaciones destinadas a cumplir funciones específicas (de las cuales, los *school districts* destacan en importancia). Ver Reynolds, *Local Government Law*, pp. 24-37.

## 1. La legislación estatal contra las políticas locales de no cooperación

Desde el año 2005 varios Estados han aprobado legislación destinada a desmontar la resistencia local a cooperar con las autoridades federales. Estas normativas, como mínimo, reiteran la prohibición contenida en la propia legislación federal<sup>156</sup> respecto a cualquier restricción o limitación que pueda hacerse de la facultad de los empleados locales o estatales para enviar, recibir, conservar o intercambiar información relativa a la situación administrativa de extranjería.<sup>157</sup> Varias de estas normativas estatales incluyen como medida coactiva adicional la posibilidad

<sup>156</sup> En las secs. 1373 y 1644 USC 8. Ver más arriba.

<sup>157</sup> *P. ej.*, *Arizona Revised Statutes*, § 11-1051(F) (“Except as provided in federal law, officials or agencies of this state and counties, cities, towns and other political subdivisions of this state may not be prohibited or in any way be restricted from sending, receiving or maintaining information relating to the immigration status, lawful or unlawful, of any individual or exchanging that information with any other federal, state or local governmental entity for the following official purposes: 1. Determining eligibility for any public benefit, service or license provided by any federal, state, local or other political subdivision of this state. 2. Verifying any claim of residence or domicile if determination of residence or domicile is required under the laws of this state or a judicial order issued pursuant to a civil or criminal proceeding in this state. 3. If the person is an alien, determining whether the person is in compliance with the federal registration laws prescribed by title II, chapter 7 of the federal immigration and nationality act. 4. Pursuant to 8 United States Code § 1373 and 8 United States Code § 1644”); *Code of Alabama* § 31-13-5(c) (en términos similares); *Georgia Code* § 36-80-23(b) (“No local governing body, whether acting through its governing body or by an initiative, referendum, or any other process, shall enact, adopt, implement, or enforce any sanctuary policy”, entendiéndose por tal “any regulation, rule, policy, or practice adopted by a local governing body which prohibits or restricts local officials or employees from communicating or cooperating with federal officials or law enforcement officers with regard to reporting immigration status information while such local official or employee is acting within the scope of his or her official duties.”); *Utah Code* § 76-9-1006 (A state or local governmental agency of this state, or any representative of the agency, may not: (1) limit or restrict by ordinance, regulation, or policy the authority of any law enforcement agency or other governmental agency to assist the federal government in the enforcement of any federal law or regulation governing immigration...”); *Missouri Revised Statutes* § 650.475.3 (“Notwithstanding any other provision of law, no person or agency within the state of Missouri shall prohibit, or in any way restrict, a public employee from doing any of the following with respect to information regarding the immigration status, lawful or unlawful, of any individual: (1) Sending such information to, or requesting or receiving such information from, the United States Bureau of Immigration and Customs Enforcement; (2) Maintaining such information; or (3) Exchanging such information with any other federal, state, or local government entity.”); *Indiana Code* § 5-2-18.2-3 (en términos similares); *Oklahoma Statutes* § 74.2.20j(E) (en términos similares); *Tennessee Code* § 7-68-103 (“(a) A local governmental entity or official shall not adopt any ordinance or written policy that expressly prohibits a local governmental entity, official or employee from complying with applicable federal law pertaining to persons who reside within the state illegally”).

de negar financiación a aquellas agencias o entidades locales que, pese a la prohibición, conserven en vigor normativas o prácticas de no cooperación o de limitación de la comunicación de información relativa a la situación administrativa de los extranjeros.<sup>158</sup> Más lejos ha llegado la regulación aprobada por Arizona en 2010, que ni tan siquiera fue impugnada, en este aspecto, por el gobierno federal, y cuya validez parece, al menos por el momento, libre de toda duda.<sup>159</sup>

Tras prohibir que cualquier autoridad o agencia estatal o local “limite o restrinja la ejecución de la legislación federal de inmigración a una intensidad inferior a la máxima permitida por el Derecho federal,”<sup>160</sup> se añade la previsión de que cualquier “residente en el Estado pueda presentar una demanda de responsabilidad contra la autoridad o administración que adopte o implemente una política”<sup>161</sup> en sentido contrario. Es decir, se permite exigir responsabilidad no cuando la administración comete un exceso en la aplicación del Derecho (p. ej., cuando la policía detiene a una persona sin ‘causa probable’) sino, al contrario, cuando no lo aplica con toda la intensidad que el Derecho (federal) permite, y ello además teniendo en cuenta la dificultad que tradicionalmente ha tenido para abrirse paso, en el derecho norteamericano, la responsabilidad patrimonial de la administración y de sus agentes por los daños causados a los administrados. Queda por resolver, en todo caso, a qué obliga en términos prácticos la aplicación

<sup>158</sup> P. ej., *Georgia Code* § 36-80-23(c) (“Any local governing body that acts in violation of this Code section shall be subject to the withholding of state funding or state administered federal funding”); *Missouri Revised Statutes* § 67.307(2) (“No municipality shall enact or adopt any sanctuary policy. Any municipality that enacts or adopts a sanctuary policy shall be ineligible for any moneys provided through grants administered by any state agency or department until the sanctuary policy is repealed or is no longer in effect...”); y § 650.475(5) (igual); *Code of Alabama* § 31-13-5(a) (“If, in the judgment of the Attorney General of Alabama, an official or agency of this state or any political subdivision thereof, including, but not limited to, an officer of a court in this state, is in violation of this subsection, the Attorney General shall report any violation of this subsection to the Governor and the state Comptroller and that agency or political subdivision shall not be eligible to receive any funds, grants, or appropriations from the State of Alabama until such violation has ceased and the Attorney General has so certified.”) y § 31-13-6 (igual).

<sup>159</sup> *United States v. Arizona*, 703 F.Supp.2d 980 (D.Ariz. 2010), p. 986.

<sup>160</sup> *Arizona Revised Statutes* § 11-1051(A). Utilizando la misma redacción, *Indiana Code* § 5-2-18.2-4.

<sup>161</sup> *Arizona Revised Statutes* § 11-1051(H) (“A person who is a legal resident of this state may bring an action in superior court to challenge any official or agency of this state or a county, city, town or other political subdivision of this state that adopts or implements a policy that limits or restricts the enforcement of federal immigration laws, including 8 United States Code §§ 1373 and 1644, to less than the full extent permitted by federal law. If there is a judicial finding that an entity has violated this section, the court shall order that the entity pay a civil penalty of not less than five hundred dollars and not more than five thousand dollars for each day that the policy has remained in effect after the filing of an action pursuant to this subsection.”).

de la legislación federal de extranjería en el grado máximo permitido por el Derecho federal. A nuestros efectos, debe quedar claro en todo caso que el Estado no puede imponer coactivamente a las agencias y administraciones locales la obligación de participar en la ejecución de la normativa federal más allá de los límites permitidos por el legislador federal.<sup>162</sup> Cuáles son esos límites, es algo que hemos examinado en el capítulo anterior.

La consecuencia natural de las leyes anti-refugio es, en principio, la ampliación de la discrecionalidad individual de los agentes y la constricción del poder de dirección sobre ellos que ostenta la administración.<sup>163</sup> Así, el agente que encuentra a un extranjero como consecuencia de una infracción de tráfico puede, valorando las circunstancias del caso, no contactar con las autoridades federales de inmigración o no ponerle bajo custodia (limitándose a notificarle la infracción cometida), pero las leyes anti-refugio impiden que una práctica de ese tipo pueda adoptarse como una política general del departamento o agencia al que ese mismo agente pertenece. Con todo, muchas de estas legislaciones se han acompañado del mandato, dirigido a todas las administraciones estatales y locales de aplicar la normativa federal, bien directamente persiguiendo infracciones de extranjería (cuya validez tras *Arizona* ha quedado en entredicho), o incidentalmente *imponiendo la comprobación* del estatus inmigratorio de aquellas personas que sean detenidas o sean interceptados por la policía. Especialmente esta última medida ha sido convalidada por el Tribunal Supremo en *Arizona* (siempre que se interprete de tal forma que no implique privación de libertad), considerando que no es contraria al derecho federal. Sabemos bien que la imposición por el legislador federal de una obligación de *comprobar* el estatus inmigratorio o de perseguir determinados delitos de extranjería, dirigida a la administración local (o para el caso, estatal), sería contraria a la *anticommandeering rule*. Por tanto, parece haber una asimetría entre la relación que existe entre los Estados y la Federación de una parte, y los Estados y las entidades locales, de otra. Ello nos pone en la pista del valor que tiene la autonomía local, frente a los Estados.

<sup>162</sup> En este sentido, *Utah Coalition of la Raza v. Herbert*, 26 F.Supp.3d 1125 (D.Utah 2014), pp. 1142-44. La sec. 6 de la HB 497, la ley aprobada por el Estado de Utah en la estela dejada por la de Arizona, incluía una disposición “anti-refugio” (reproducida más arriba), que el tribunal consideró válida siempre y cuando la “asistencia a la administración federal” se interprete que incluye actividades solicitadas o expresamente autorizadas por las autoridades federales.

<sup>163</sup> Chin et al., “A Legal Labyrinth,” pp. 75-77 y Su, “Police Discretion and Local Immigration Policymaking,” pp. 913-915.

## 2. El valor de la autonomía *local* frente al poder del Estado

AL CONTRARIO DE lo que ocurre con las relaciones entre los Estados y la Federación, la Constitución de los Estados Unidos no define el papel de las entidades locales en el modelo federal. Por ello, las apelaciones a una autonomía local no se pueden basar directamente en una garantía contenida en la Constitución federal. Antes al contrario, los entes locales están sometidos al pleno control de los Estados en cuyo territorio están situadas. En doctrina sólidamente mantenida por el Tribunal Supremo y reiterada en innumerables ocasiones hasta nuestros días, se ha considerado a las entidades locales como meras subdivisiones políticas del Estado, nacidas y organizadas para facilitar una administración descentralizada del territorio, meras agencias creadas por el poder soberano del Estado con el propósito de llevar a cabo, en detalle, los objetivos de las funciones de gobierno y administración a nivel local.<sup>164</sup> El poder ejercido por el Estado sobre los entes locales se ha calificado de ‘supremo,’ ‘absoluto,’ ‘completo,’ e ‘ilimitado,’ a pesar de que algunas garantías de la Constitución federal puedan tener aplicaciones que restrinjan dicho poder,<sup>165</sup> a pesar de que el legislador federal, en el ejercicio de sus competencias, pueda extender el efecto preventivo de la legislación para limitar en cierta medida las facultades de los Estados sobre las entidades locales,<sup>166</sup> y aunque las constituciones estatales contengan, en ocasiones, algunos límites al poder

<sup>164</sup> Hunter v. Pittsburgh, 207 U.S. 161 (1907), pp. 178-79 “municipal corporations are political subdivisions of the State, created as convenient agencies for exercising such of the governmental powers of the State as may be entrusted to them. ... The number, nature and duration of the powers conferred upon these corporations and the territory over which they shall be exercised rests in the absolute discretion of the State.... The State, therefore, at its pleasure may modify or withdraw all such powers, may take without compensation such property, hold it itself, or vest it in other agencies, expand or contract the territorial area, unite the whole or a part of it with another municipality, repeal the charter and destroy the corporation.”

<sup>165</sup> El control estatal sobre cuestiones locales puede, en efecto, verse limitado algunas de las garantías de los derechos fundamentales contenidas en la Constitución. Así, *p. ej.*, el Tribunal Supremo ha declarado que una autoridad escolar local (*school board*) puede invocar el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación (Decimocuarta Enmienda) frente al Estado, cuando este pretende prohibir el uso obligatorio del servicio de transporte escolar, utilizado para promover la integración racial, Washington v. Seattle School Dist. No. 1, 458 US 457 (1982).

Por supuesto, la hegemonía estatal sobre los asuntos locales puede verse limitada si los derechos individuales son los que resultan directamente afectados. Especialmente fructífera ha sido la invocación del derecho de sufragio y de la prohibición de discriminación por razón de raza (Decimoquinta Enmienda) en las impugnaciones de las normativas estatales sobre delimitación de distritos electorales y fórmulas de reparto, *p. ej.*, Gomillion v. Lightfoot, 364 US 339 (1960).

<sup>166</sup> Como tuvimos ocasión de destacar más arriba, el estatus de las entidades locales como criaturas de los Estados implica que ambas instancias de gobierno están sometidos al poder

del Estado para controlar a las entidades locales.<sup>167</sup> Los entes locales son criaturas o agentes del Estado y carecen, por sí mismos, de autonomía y de poder para autogobernarse. Por ello, el Estado puede crear y destruir una entidad local, disminuir o aumentar su territorio y, en ausencia de una restricción constitucional expresa, cualquier competencia o poder que el legislador estatal haya delegado en un gobierno local puede ser limitado, expandido y revocado a discreción y sus funciones asumidas por el propio Estado para su ejercicio directo o para su transferencia a otra entidad local, agencia u órgano estatal o incluso para su privatización. La hegemonía estatal se traduce también en que el legislador puede imponer deberes y obligaciones al gobierno local, incluso aunque ello implique compromisos presupuestarios (para p. ej., construir y mantener hospitales públicos, construir vivienda pública o establecer un sistema de pensiones para los empleados locales). En definitiva, como ha insistido el propio Tribunal Supremo, no hay lugar en el modelo federal para entidades locales soberanas, pues en los Estados Unidos rige un “sistema dual de gobierno,” en que la soberanía reside en la Federación y en los Estados.<sup>168</sup>

En sentido inverso, el poder pleno del Estado sobre los asuntos locales implica que el legislador estatal puede efectuar una completa delegación de competencias en el gobierno local, convirtiéndolo en un “Estado en miniatura sobre su propio territorio.”<sup>169</sup> Pero sin una garantía constitucional de la autonomía local puede el legislador, con la misma facilidad, privarles de todo poder. Ya sabemos

preentivo del legislador federal. Ello se puede traducir, es lo que ahora nos interesa destacar, en un límite al poder de los Estados para decidir sobre asuntos locales y, con ello, en un correlativo reforzamiento de las competencias de las entidades locales. Así, *p. ej.*, un Estado no puede restringir o rescindir el poder que una ley federal ha delegado en favor de una ciudad para que participe en la compra-venta minorista de energía, si ello implica lesión para los derechos protegidos por el ordenamiento federal, *Utilities Board of Albertville v. Alabama Power Co.*, 934 F2d 1493 (11th Cir. 1991), p. 1499. Aunque, por supuesto, el efecto preentivo de la legislación federal puede limitar también directamente las competencias locales; *p. ej.*, una disposición de la *Federal Aviation Act* por la que se crea un derecho de libre tránsito por el espacio aéreo navegable, prohíbe la aplicación de una ordenanza local sobre control de ruido que pretendía restringir el funcionamiento de un aeropuerto dentro de los límites municipales, *Burbank v. Lockheed Air Terminal, Inc.*, 411 US 624 (1973).

<sup>167</sup> *P. ej.*, en algunas constituciones estatales se limitan las facultades del Estado sobre el uso de las calles y vías situadas en el término municipal o se restringe su poder para regular las elecciones locales o para organizar el gobierno local y el estatuto de sus empleados y autoridades. La mayor parte de los textos constitucionales de los Estados prohíben la legislación especial que beneficie a una determinada entidad local o territorio. Dentro de estas limitaciones se incluye la conocida como *home-rule*, que será expuesta en el texto principal y que puede implicar, donde se reconoce, una garantía constitucional de cierta autonomía local. Ver Reynolds, *Local Government Law*, pp. 93-110.

<sup>168</sup> *Community Communications Co., Inc. v. City of Boulder, Colo.*, 455 U.S. 40 (1982), p. 53.

<sup>169</sup> *Barnes v. District of Columbia*, 91 US 540 (1875), p. 544.

que una garantía de esa naturaleza no se encuentra en la Constitución nacional, aunque en ocasiones las constituciones estatales garantizan cierta autonomía sustantiva a las entidades locales, mediante una cláusula conocida como *home rule*. Es importante detenernos en ello un momento.

Algunas constituciones estatales, en efecto, contienen disposiciones directamente aplicables que, independientemente de la voluntad del legislador, reconocen, de plano, competencias a las entidades locales que accedan al régimen de autonomía (*constitucional home rule*).<sup>170</sup> Otros textos constitucionales, en cambio, condicionan el acceso a la autonomía local y la delegación efectiva de competencias a la previa intervención del legislador estatal (*legislative home rule*);<sup>171</sup> en este segundo caso, es el legislador, en última instancia, el origen de la delegación de competencias en las entidades locales (la constitución estatal se limita a autorizarla), por lo que bastará con la inacción de aquel para que la cláusula constitucional quede reducida a la nada. En cualquier caso, el acceso a la autonomía (y las competencias que lleva consigo) exige a cada entidad local cumplir unos requisitos y seguir el procedimiento establecido en detalle en la propia constitución o en la legislación de desarrollo y que tiene como pieza central la elaboración y aprobación de un estatuto (*charter*).<sup>172</sup>

Como puede intuirse, el alcance de la autonomía competencial varía enormemente de un Estado a otro, pero las cláusulas constitucionales suelen emplear un lenguaje expansivo, en lugar de recurrir a enumeraciones cerradas, delegando

<sup>170</sup> P. ej., *Washington* Const. Art. XI § 11, “any county, city, town or township may make and enforce within its limits *all such local police, sanitary and other regulations* as are not in conflict with general laws;” *Colorado* Const. Art. XX § 6 “the people of each city or town of this state,... are hereby vested with, and they shall always have, *power to make, amend, add to or replace the charter of said city or town*, which shall be its organic law and extend to all its local and municipal matters.”

<sup>171</sup> P. ej. *Connecticut* Const. Art. X § 1 “the general assembly shall by general law delegate such legislative authority as from time to time it deems appropriate to towns, cities and boroughs relative to the powers, organization, and form of government of such political subdivisions...;” *Wisconsin* Const. Art. XI § 3(1) “cities and villages organized pursuant to state law may determine their local affairs and government, subject only to this constitution and to such enactments of the legislature of statewide concern as with uniformity shall affect every city or every village. *The method of such determination shall be prescribed by the legislature.*”

<sup>172</sup> Reynolds Jr., *Local Government Law*, pp. 114-15, sistematiza en cinco las exigencias que suele exigirse a cualquier entidad que desee acceder a la autonomía: 1) que se haya constituido en alguna de las formas permitidas por el Estado a los gobiernos locales, limitando en ocasiones el acceso a la autonomía únicamente a las ciudades; 2) debe alcanzar un mínimo de población; 3) debe elaborarse, usualmente por un órgano electivo *ad hoc*, un estatuto (*charter*) en el que se especifiquen las competencias locales; 4) el estatuto debe ser aprobado por los residentes del municipio con derecho a sufragio; 5) en ocasiones se exige adicionalmente la aprobación del estatuto por el Gobernador o por el legislativo estatal.

competencias “relativas a los asuntos municipales,” para el “autogobierno local” o sobre “materias municipales o locales,” apelando con ello a un verdadero ‘poder de policía’ (*police powers*), como categoría amplia e indefinida de competencias (locales) para proveer a la salud, bienestar, seguridad y la moral públicos.<sup>173</sup> Pero, en coherencia con lo que antes hemos señalado, lo cierto es que las legislaciones estatales suelen también contener, incluso en ausencia de previsión constitucional, cláusulas amplias de delegación tanto en favor de entidades locales que han accedido a la autonomía, como de aquellas que no lo han hecho pero que cumplen determinados requisitos (normalmente poblacionales).<sup>174</sup>

En todo caso, una autonomía constitucionalmente garantizada tiene la virtualidad de que puede traducirse no sólo en la creación de una esfera propia y distinta de poder, reconociendo una iniciativa general en asuntos locales, en lugar de precisar delegaciones individualizadas y expresas del legislador, sino también en garantizar a la entidad local cierto grado de inmunidad frente al control del Estado. En ausencia de una previsión constitucional o legal que reconozca autonomía a la entidad local, ya lo sabemos, los Estados tienen pleno poder para modificar, corregir o dejar sin efecto cualquier acto local. Cualquier norma aprobada por el legislador estatal prevalece cualquiera que sea la materia (de naturaleza local o estatal) regulada, por muy amplia que haya podido ser la delegación de

<sup>173</sup> *P. ej.*, *California* Const. Art. XI § 5(a) “it shall be competent in any city charter to provide that the city governed thereunder may make and enforce all ordinances and regulations in respect to *municipal affairs*,” *Ohio* Const. Art. XVIII § 7, “any municipality may frame and adopt or amend a charter for its government and may... exercise thereunder all *powers of local self-government*,” cláusula que autoriza a las entidades locales, por ejemplo, a establecer un impuesto de la renta para los residentes como ejercicio de un poder de policía, *Springfield v. All Am. Food Specialists, Inc.*, 620 N.E.2d 120 (Ohio App.2 Dist. 1993), p. 122; la Constitución del Estado de *Washington*, que confiere autonomía a las entidades locales en los términos señalados *supra* (“make and enforce within its limits *all local police, sanitary and other regulations*”), delega directamente “un poder de policía que es tan extenso en su alcance como el que el que puede ejercitar el legislador estatal,” *Petstel, Inc. v. King County*, 459 P.2d 937 (1969), p. 945.

<sup>174</sup> *P. ej.*, Sin reconocimiento constitucional de la autonomía local, *Delaware* Code § 22.802, “Every municipal corporation in this State containing a population of at least 1,000 persons as shown by the last official federal decennial census may proceed as set forth in this chapter to amend its municipal charter and may, subject to the conditions and limitations imposed by this chapter, amend its charter so as to have and assume all powers which, under the Constitution of this State, it would be competent for the General Assembly to grant by specific enumeration and which are not denied by statute,” *Indiana* Code, § 36-1-3-2 “the policy of the state is to grant units all the powers that they need for the effective operation of government as to local affairs,” § 36-1-3-4(b) “a unit has: (1) all powers granted it by statute; and (2) all other powers necessary or desirable in the conduct of its affairs, even though not granted by statute.” Véase *infra* los ejemplos de *Nebraska*, *Missouri* y *Pennsylvania*, con implicaciones para actuaciones locales en materia de inmigración.



competencias en las entidades locales. En cambio, cuando se reconoce cierta autonomía a las entidades locales, además de garantizar a las entidades locales el poder para intervenir en asuntos propiamente municipales, ese poder de autogobierno puede erigirse en un límite al control estatal. Esa limitación variará enormemente de un Estado a otro, tanto como variada es la forma en que se ejercen los poderes autónomos delegados en las entidades locales.

Cuando se trata de entidades locales cuya autonomía se garantiza *ex constitutione*, el legislador estatal no podrá ejercer su poder preentivo sobre las competencias de las entidades autónomas que se refieran a *materias de estricto interés local*. En esos casos, los tribunales se han inclinado mayoritariamente por considerar que las normas estatales son inválidas cuando regulan cuestiones locales *y, además*, entran en conflicto con las normas municipales, contenidas en el estatuto, en ordenanzas o resoluciones.<sup>175</sup> En aquellos casos en que la entidad

<sup>175</sup> La supremacía de la normativa local en esas circunstancias se ha afirmado abrumadoramente por los tribunales estatales. En ocasiones es la propia Constitución del Estado la que resuelve el conflicto expresamente en favor de la norma local, como ocurre *p. ej.*, en Colorado, cuya norma fundamental establece “Such charter [de la entidad autónoma] and the ordinances made pursuant thereto in [local and municipal] matters shall supersede within the territorial limits and other jurisdiction of said city or town any law of the state in conflict therewith” (Art. XX, sec. 6 Colorado Const.), así que no ha sido difícil al Tribunal Supremo del Estado declarar inválida una ley estatal por la que se imponía una comisión metropolitana a la ciudad de Denver, afirmando que con fundamento en la Constitución o “the General Assembly had been deprived of all the power it might otherwise have had to legislate concerning matters of local and municipal concern,” por lo que “It is well established that in a matter of exclusively local concern, a charter or ordinance provision of a home-rule municipality supersedes a conflicting state statute,” *National Adver. Co. v. Department of Highways*, 751 P.2d 632 (1988), p. 635.

En otros Estados los tribunales no han tenido tampoco mayor problema, a pesar de la falta de expresividad de la Constitución, en llegar a la misma conclusión. *P. ej.*, *State ex rel. Brown v. Dunnaway*, 248 P.2d 232 (1952), p. 234 donde el Tribunal Supremo de Oklahoma concluye: “that a charter adopted by a city under the authority of the Constitution becomes the organic law of the city and supersedes statutes of the state insofar as such statutes relate to matters of purely municipal concern;” y en sentido muy similar el Tribunal Supremo de Arizona en *Strode v. Sullivan*, 236 P.2d 48 (1951), p. 51, el Tribunal Supremo de Nebraska en *State ex rel. City of Omaha v. Lynch*, 151 N.W.2d 278 (1967) p. 281 y el Tribunal Supremo de Minnesota, *State ex rel. Lowell v. City of Crookston*, 91 N.W.2d 81 (1958).

En algunos casos, por el lenguaje empleado, pareciera que la autonomía local garantizada *ex constitutione* extingue enteramente todo control estatal sobre asuntos municipales, de modo que la legislación estatal deviene inaplicable a las entidades autónomas *incluso en ausencia de conflicto o de normativa local en vigor*. Sin embargo, en *Vela v. People*, 484 P.2d 1204 (1971), p. 1205 el propio TS de Colorado concluyó, como hemos señalado en el texto principal: “...for a state statute to be superseded by an ordinance of a home rule city, *two requirements must be met*. The state statute and the ordinance must be *in conflict*, and the ordinance must pertain to a *purely local matter*. Where both of these conditions exist, the state statute is clearly without affect within the jurisdiction of the home rule city.” En coherencia,

local actúa con base en una autonomía garantizada por el legislador estatal, y no directamente por la constitución del Estado, el legislador conserva la competencia incluso en cuestiones de interés estrictamente local de manera que puede, en cualquier momento, revocar el poder regulador local o ejercer su poder preentivo, mediante la aprobación de una norma de aplicación *general* en todo el Estado.<sup>176</sup>

Cuando una entidad local, en ejercicio de los poderes autónomos que tenga reconocidos, actúe o regule en una *esfera de interés estatal*, cualquier intervención municipal, cualquiera que sea el origen, constitucional o legal, de la autonomía, es inválida cuando entra en conflicto con la legislación del Estado (*conflict preemption*) o éste ha regulado exhaustivamente la materia (*field preemption*).<sup>177</sup>

otros tribunales han sostenido que cuando no existe conflicto entre la norma estatal y la municipal, el poder regulatorio estatal subsiste y cabe la regulación concurrente, aún en asuntos estrictamente locales. Así, *p. ej.*, el TS de California en *Scheafer v. Herman* 155 P. 1084 (1916), pp. 1084-85 o el de Ohio en *Weir v. Rimmelin*, 472 N.E.2d 341 (1984), p. 342, donde se plantea al tribunal si existe una competencia exclusiva de la ciudad para regular las vallas publicitarias, a lo que el tribunal concluye: “where state and local regulations concerning unlawful conduct do not conflict, the state and municipality have concurrent authority under the police power to enforce their respective directives inside the corporate limits of the city.”

<sup>176</sup> Por ley de alcance general debe entenderse aquella que se aplica por igual a todas las entidades locales del Estado y a sus habitantes, en contraste con aquellas que se aplican sólo a uno o más municipios en particular. Pues bien, una ley estatal de estas características es capaz, aun tratándose de materias estrictamente locales, de desplazar la competencia municipal. *P. ej.*, en *Pennsylvania*, *Casuse v. City of Gallup*, 746 P.2d 1103 (1987), en *Georgia*, *Mobley v. Polk County* 251 S.E.2d 538 (1979), en *Michigan*, *People v. Llewellyn*, 257 N.W.2d 902, (1977), p. 905, o en *Arkansas*, *Nahlen v. Woods*, 504 S.W.2d 749 (1974), p. 751, que tras recordar que la Constitución estatal habilita al legislador para que reconozca la autonomía de las entidades locales en determinadas circunstancias, concluye señalando que “the legislature possesses plenary power over the municipalities.” En ocasiones, es la propia Constitución del Estado la que prevé que el legislador conserve su competencia *sobre asuntos locales* incluso cuando se trate de entidades autónomas. Así ocurre con la Constitución de Nueva York o la de Rhode Island, siempre que la competencia sobre cuestiones locales se ejerza mediante leyes de alcance general, o que reciban a aprobación expresa de la entidad local.

<sup>177</sup> Así, *p. ej.*, *Albany Area Builders Ass'n v. Town of Guilderland*, 547 N.Y.S.2d 627 (1989), la regulación exhaustiva del Estado sobre la financiación de las autopistas excluye cualquier intervención local en la materia; en *Montana*, *Billings Firefighters Local 521 v. City of Billings*, 694 P.2d 1335 (1985), la legislación estatal desplaza el poder local para regular los servicios de bomberos. *Cf. Michigan Restaurant Ass'n v. City of Marquette*, 626 N.W.2d 418 (Mich. App. 2001), en el que una ordenanza por la que se prohíbe fumar en restaurantes inválida por el efecto preentivo de la legislación estatal por la que se requiere reservar determinados espacios a los fumadores, ya que no se limita a ampliar la limitación sino que impone una prohibición completa de fumar; con *Manning v. City of Lebanon*, 124 S.W.3d 562 (Tenn. App. 2003), en el que un tribunal de Tennessee considera que la ordenanza de una ciudad por la que se regulan los procedimientos para el desalojo de edificios inseguros no se ve desplazada por la ley estatal porque esta tiene por objeto establecer el procedimiento para la demolición de estructuras, pero puede interpretarse en el sentido de que los municipios pueden adoptar otros procedimientos complementarios.

De esta forma, en el caso de entidades locales dotadas de cierto grado de reconocimiento de autonomía, la distinción entre cuestiones locales y materias de interés general o estatal determina la validez de las actuaciones de las entidades locales y sirve para delimitar la relación con las competencias estatales, aunque puede entenderse fácilmente la enorme dificultad de diferenciar entre cuestiones de interés estatal y cuestiones estrictamente locales.

La naturaleza vicarial de las entidades locales explica, como sabemos, que carezcan de poderes inherentes y, desde luego, de un derecho originario de autogobierno. Las entidades locales sólo pueden ejercer aquellas competencias que la constitución del Estado o el legislador estatal le confieran. Ello no impide que las entidades locales puedan tener amplios y significativos poderes, incluso sin gozar del reconocimiento de un status autónomo, siempre previa habilitación constitucional o legal. No obstante, sólo cuando la entidad local obtiene el título competencial de la constitución estatal, directamente o mediante la adopción del correspondiente estatuto, el legislador no puede revocar o interferir su titularidad o ejercicio.

Los tribunales estatales suelen referirse a un canon hermenéutico, conocido como *Dillon's Rule*, en atención al autor que lo articuló en la segunda mitad del s. XIX,<sup>178</sup> en virtud del cual, cualquier duda acerca de la existencia o no de una competencia local debe resolverse por los tribunales negativamente.<sup>179</sup> Hoy, sin embargo, aunque aplicable, al menos *prima facie*, en muchos Estados, ha sido rechazado expresa o tácitamente en otros. Por otra parte, el criterio de interpretación restrictiva, formulado en un momento histórico en que los legisladores estatales recurrían a una especificación y enumeración exhaustiva de los poderes que se delegaban a las entidades locales, queda hoy sin embargo parcialmente neutralizado a la vista de las cláusulas constitucionales o legales que autorizan,

<sup>178</sup> John F. Dillon, magistrado y presidente del Tribunal Supremo de Iowa, por primera vez en *Merriam v. Moody's Executors*, WL 253 (1868) y posteriormente en su tratado sobre derecho local, Dillon, *Treatise of the Law of Municipal Corporations*, pp. 101-105.

<sup>179</sup> De lo restrictivo que puede ser esta concepción de los poderes municipales es un ejemplo *Olesen v. Town of Hurley* 691 N.W.2d 324 (S.D.,2004), pp. 328-29, asunto en el que el propietario de un restaurante demanda a una entidad local que prestaba un servicio de comidas, cuando el Estado únicamente había autorizado que se prestara un servicio de bar. El Tribunal, tajantemente, consideró la actividad local *ultra vires*.

Cuando los tribunales limitan los poderes implícitos a aquellos que “necesariamente” deben entenderse implícitos en la garantía expresa de una determinada competencia, normalmente indica que se está aplicando un canon de interpretación estricto. Así, el Tribunal Supremo de *South Carolina* sostuvo que la explotación de un sistema de televisión por cable excedía del “bien común” cuya gestión se confería a la entidad local, pues al contrario de lo que ocurre con los servicios de aguas, electricidad y alcantarillado, no se puede considerar “necesario.” *Sheppard v. City of Orangeburg*, 442 S.E.2d 601 (S.C. 1994).

en los términos más amplios y generales posibles, el ejercicio de competencias municipales.

### 3. Inmigración irregular y poder local

Tras esta exposición, bien puede comprenderse ya la complejidad que presenta el juicio sobre la validez, a la luz del derecho del Estado, de la normativa local en materia de inmigración. Hasta ahora, ni los tribunales ni la doctrina han explorado en profundidad el impacto que la configuración de las relaciones entre los Estados y las entidades locales puede tener en las competencias locales para regular la inmigración, abstracción hecha de la prelación ejercida por el derecho federal. En relación con las políticas locales de no cooperación y las legislaciones estatales anti-refugio, apuntar simplemente algunas ideas. Primero, las protecciones que los entes locales tienen frente a los poderes *federales*, coextensas a las de los Estados, como prolongaciones administrativas de los mismos, no van a entrar en juego necesariamente en la relación con el propio Estado, precisamente por esa naturaleza vicarial que poseen, muy alejada de la autonomía local constitucionalmente garantizada que nos es tan familiar. No obstante, es cierto que el estatus de autonomía (*home rule*) que puede ostentar una entidad local podría afectar a la capacidad misma del Estado para regular una cuestión tan estrechamente vinculada a las funciones de autogobierno como es la definición de las facultades y obligaciones de los empleados locales, en este caso de las fuerzas del orden.<sup>180</sup> Es cierto que la autonomía local sólo podría resistir el embate del Estado en aquellos supuestos en que la garantía de las competencias proceda directamente de la constitución estatal (en forma de garantía directa de poderes autónomos o de autorización de acceder a ellos mediante la adopción del correspondiente estatuto). Sólo en ese caso una legislación estatal que tratara de regular una cuestión de alcance local cedería ante la normativa municipal. En otro caso,

<sup>180</sup> Las cuestiones relacionadas con los empleados municipales tiene naturaleza local, por lo que en caso de conflicto entre la regulación estatal y la local, prevalecería esta última, siempre que se trata de una entidad dotada de autonomía. *P. ej.*, *Lorain St. R. Co. v. Public Utilities Commission*, 148 N.E. 577 (1925), p. 580 “those matters which relate to the internal government of a municipality, such as local elections of municipal officers and the powers, duties, and functions of such municipal officers, are matters of local self-government, which may not be influenced or controlled by general laws.” *State ex rel. Frankenstein v. Hillenbrand*, 126 N.E. 309 (1919), p. 310, “It has had no difficulty in arriving at the conclusion that the qualification, duties, and manner of selection of officers purely municipal come within the purview of the provision granting a city ‘local self-government.’” Por otra parte, la Constitución de Missouri declara: “[n]o law shall be enacted creating or fixing the powers, duties or compensation of any municipal office or employment, for any city framing or adopting its own charter under this or any previous constitution,” *Missouri Const.* art. VI, § 22.

el legislador, como hemos visto, puede amenguar o suprimir cualquier delegación de poder autónomo, por muy amplia que aquella haya sido, en cualquier momento.

El escenario opuesto al planteado por las ciudades refugio, es decir aquel en que las entidades locales han tratado de regular en materia de inmigración y de participar activamente en la ejecución del ordenamiento federal de extranjería plantea también sus propios problemas. En primer término, en la formación de la voluntad de una entidad local para cooperar con la administración federal en la persecución de la inmigración irregular puede interferir el poder estatal para configurar las competencias locales, impidiendo o limitando dicha cooperación. Contra ello, lo hemos visto más arriba, reaccionó el legislador federal en 1996 prohibiendo la imposición de determinadas restricciones a dicha cooperación. Por otra parte, cuando las entidades locales tratan de intervenir de manera independiente, es decir al margen de la delegación federal, en materia de inmigración, la cuestión de si la legislación federal tiene un efecto preentivo sobre los poderes locales es sólo una parte del análisis que los tribunales deben emprender, ya que la actuación local debe encontrar su legitimidad en una autorización específica por parte del Estado o en una delegación amplia de competencias, interpretadas de modo liberal por los tribunales.<sup>181</sup>

El testimonio en la jurisprudencia es, cuanto menos, incompleto en lo referente al análisis del alcance de la delegación estatal y, correlativamente, de la competencia local de las entidades locales para reforzar la lucha contra la inmigración irregular, a través de medidas indirectas que, por ejemplo, castigan a quienes emplean o arriendan una vivienda a un extranjero en situación irregular. En todos los casos, sin embargo, los tribunales federales interpretaron que, aun no tratándose de entidades dotadas de autonomía (*home rule*), la delegación por el legislador estatal era lo suficientemente amplia como para justificar la normativa local.<sup>182</sup> El ejemplo es especialmente significativo de cuanto hemos expuesto

<sup>181</sup> En este sentido, Su, “A Localist Reading of Local Immigration Regulations,” pp. 1636-37.

<sup>182</sup> *Keller v. City of Fremont*, 719 F.3d 931 (8th Cir. 2013), pp. 949-951, confirmando el criterio del *District Court* según el cual “el legislador de Nebraska ha delegado amplios poderes de policía a las ciudades de primera categoría como Fremont, con independencia de que adopten o no su propio estatuto,” (“for maintaining the peace, good government, and welfare of the city and its trade, commerce, and manufactures, for preserving order and securing persons or property from violence, danger, and destruction, for protecting public and private property, and for promoting the public health, safety, convenience, comfort, and morals and the general interests and welfare of the inhabitants of the city...”). Amplios poderes delegados que las ciudades pueden ejercer siempre que lo hagan de manera que “no entre en conflicto con las leyes generales del Estado,” conflicto que, según concluye el tribunal, no se produce ni respecto de las disposiciones de la ordenanza que obligan a los empleadores a utilizar el programa federal de verificación de la autorización para trabajar de los solicitantes de empleo

más arriba, ya que Fremont, Valley Park y Hazleton se encuentran en Estados en los cuales los tribunales se han adherido tradicionalmente a la observancia de la *Dillon's rule*, que predica, como sabemos, una interpretación estricta de las competencias delegadas a los municipios.<sup>183</sup> Las amplias fórmulas empleadas para construir las cláusulas de habilitación socavan, en cambio, la efectividad del criterio hermenéutico, y eso es lo que ha ocurrido en los asuntos citados. No obstante, ninguna de esas ciudades cuenta con la más mínima protección constitucional frente al legislador estatal y, sometidas a su pleno control, quedan expuestas frente a cualquier ejercicio preentivo de su poder normativo. Por lo demás, es imposible sacar conclusiones de general aplicación, pues otros contextos podrían producir resultados distintos siendo la delegación de competencias por el legislador sea más limitada.

(*e-verify*), ni respecto del mandato impuesto al arrendador de comprobar la situación administrativa de los extranjeros que pretendan alquilar un inmueble.

Gray v. City of Valley Park, WL 294294 (E.D.Mo. 2008), pp. 29-30 la “legislación de Missouri reconoce a las ciudades [como Valley Park, de cuarta categoría] la competencia para regular todas las actividades económicas y otorgar las correspondientes licencias,” lo que, según el tribunal, incluye la capacidad para revocarlas, por lo que la ordenanza local que impone dicha revocación como sanción al empleo de inmigrantes irregulares es válida.

Lozano v. City of Hazleton, 496 F.Supp.2d 477 (M.D.Pa. 2007), pp. 548-54 a la vista de la amplia delegación de competencias en las ciudades de tercera categoría, como Hazleton (“the proper management, care and control of the city and its finances, and the maintenance of the peace, good government, safety and welfare of the city”), la ciudad puede regular la concesión de licencias de actividad, siempre que no lo haga de manera que entre en conflicto con la legislación del Estado, por lo que “en ausencia de una ley estatal que regule el empleo de inmigrantes irregulares,” Hazleton puede sancionar con la pérdida o la suspensión de la licencia municipal dicha conducta. No obstante, la ordenanza municipal también legitimaba a aquellos trabajadores que hubieran sido despedidos a demandar al empleador de un inmigrante a demandar, medida que el tribunal, en la medida en que regula los derechos de los trabajadores, considera *ultra vires*.

<sup>183</sup> Ver, en este sentido, *p. ej.*, en Missouri, *City of St. Louis v. Cook*, 221 S.W.2d 468 (1949); en Nebraska, *Wagner v. City of Omaha* 55 N.W.2d 490 (1952); y en Pennsylvania, *Warner Cable Communications, Inc. v. Borough of Schuylkill Haven*, 784 F. Supp. 203 (E.D. Pa. 1992).

## *Conclusiones*

---

1. EN EL MODELO federal estadounidense, el poder del legislador (federal o estatal) para establecer la regulación primaria en una materia y su capacidad para establecer una infraestructura ejecutiva y aplicar materialmente dicha regulación son coextensos. Más aún, el legislador puede ordenar horizontalmente las competencias de ejecución. Por ello, si los Estados y la Federación legislan en un marco cooperativo, digamos en de empleo de inmigrantes irregulares, habrá lugar a una ejecución paralela, llevada a cabo por estructuras administrativas (y judiciales) diferenciadas, de dos regulaciones distintas que conviven armónicamente. Sin embargo hemos visto que ese modelo, en lo referente al régimen sancionador de la inmigración irregular, es excepcional. El denso marco regulador construido por el legislador federal ha hecho que, sólo entre sus prietas costuras, hayan podido los legisladores estatales construir un régimen propio fragmentario e intersticial de infracciones y sanciones. El legislador federal ha definido exhaustivamente el marco sancionador de la inmigración irregular y ha delegado un extenso poder discrecional en el ejecutivo federal para desarrollarlo normativamente y aplicarlo materialmente estableciendo prioridades para decidir qué extranjeros en situación irregular deben ser expulsados y cuáles no.

2. EL DISEÑO CONSTITUCIONAL no impone una exclusividad federal a nivel normativo, al menos con potencial para solidificar el ámbito sustantivo de regulación de la inmigración, hasta hacerlo absolutamente impenetrable para los Estados. No la impone a nivel de ejecución tampoco, ni siquiera sobre la base una pretendida exigencia de uniformidad, como hemos visto en este capítulo. La distribución horizontal de poderes tampoco ofrece mayores resistencias, al menos dado el desarrollo actual de la doctrina del “ejecutivo unitario.” El modelo constitucional, por tanto, no avoca a un dualismo en virtud del cual la legislación federal o estatal sólo podrían ser ejecutadas normativamente y aplicadas materialmente por las

respectivas estructuras administrativas y de gobierno. Es en el diseño del legislador, en cambio, donde debe buscarse la ordenación vertical de las competencias de ejecución.

En este capítulo nos hemos limitado a exponer una parte de ese diseño, en la que el legislador ha articulado vías para canalizar un modelo cooperativo de ejecución del ordenamiento de extranjería. La cooperación articulada en la legislación y puesta en marcha por el gobierno federal se ha fundamentado en la voluntariedad de la participación, la negociación y el consentimiento implícito o explícito de los distintos niveles de gobierno implicados. Sólo el programa *Secure Communities* y su ‘transacción automatizada’ de información plantea problemas en este sentido. Los poderes federales han tenido cada vez más necesidad de apoyarse en los procedimientos ordinarios de ejecución penal que desarrollan las agencias estatales y locales para identificar y expulsar a los delincuentes extranjeros. Con ello, esas vías formalizadas para la cooperación han sido una oportunidad para competir con el poder ejecutivo federal, tratando de manipular y subvertir sus prioridades.

3. MÁS ALLÁ DE los supuestos de delegación expresa de competencias de ejecución previstos en la legislación federal de extranjería, los Estados conservan ciertos poderes para participar autónomamente en la aplicación del marco sancionador de la inmigración irregular. Las coordenadas de esa autonomía de ejecución están más claras tras el pronunciamiento del Tribunal Supremo en *Arizona v. United States*, que ha desbrozado también el alcance del efecto preentivo de la legislación federal en la materia. El legislador ha extinguido cualquier facultad de los Estados para aplicar el régimen *administrativo* de extranjería y, por tanto, las autoridades estatales y locales no pueden detener por la mera situación irregular de un extranjero. El Tribunal Supremo parece haberse ayudado en su conclusión sólo de los estándares ordinarios de interpretación de la legislación federal, aunque las apelaciones a la incidencia en las relaciones exteriores de la Unión y la relevancia atribuida a las actuaciones del poder ejecutivo federal para hallar un efecto preentivo en la intención del legislador, puede haber inclinado la balanza en favor de la exclusión de los Estados.

Por el contrario, las facultades que el derecho común ha reconocido a los Estados para participar (limitadamente) en la persecución de delitos federales, tiene su propia manifestación en el ámbito de los ilícitos de extranjería, que sí parece haber sobrevivido al efecto preentivo de la densa legislación nacional. Aunque nada



dice el Tribunal Supremo sobre el particular en *Arizona*, parece que las autoridades subfederales sí pueden detener por infracciones penales de extranjería, al menos aquellas que no constituyen el núcleo duro de los delitos especiales propios (es decir, de los que sólo puede ser sujeto activo un extranjero, como la entrada ilegal, difícilmente distinguibles de la mera estancia irregular) o que tienen correspondencia con una infracción común. Por otra parte, las autoridades estatales tienen amplias facultades discrecionales a la hora de aplicar el propio derecho penal estatal, y en su ejercicio pueden incidentalmente participar en la identificación y localización de extranjeros en situación irregular que cometen delitos o infracciones *comunes*. En todo caso, no puede menospreciarse la autonomía de ejecución que conservan los Estados, pues aun mutilada y limitada a los estadios iniciales de la persecución de las infracciones penales de extranjería y en la identificación de los inmigrantes irregulares, tiene la capacidad de condicionar el ejercicio de la discrecionalidad por parte de la administración federal.

4. EL PODER DEL legislador federal para ordenar verticalmente las competencias de ejecución tiene límites. El Tribunal Supremo, aunque sólo en tiempos recientes, ha forjado, con apoyo en la Décima Enmienda de la Constitución, un incipiente principio anti-coerción que los Estados y entidades locales pueden emplear como escudo frente a los poderes federales, cuando no desean participar en la ejecución del régimen sancionador de extranjería. Sin embargo, no conviene magnificar la relevancia de la *anticommandeering rule*. Ni en términos sistémicos supone una reviviscencia de las rigideces constitucionales propias del federalismo dual ni, creemos, trastoca de manera esencial la fluidez y flexibilidad característica del modelo de relaciones entre la Federación y los Estados hoy predominante. La protección de la autonomía estatal que proporciona la *anticommandeering rule* sólo es eficaz frente a una coacción directa, cuando los poderes federales pretenden imponer a los Estados o entidades locales la implicación *activa* de sus estructuras burocráticas, y de sus recursos materiales y personales, en la persecución de las infracciones de extranjería y que destinen recursos materiales y personales a esa función.

En cambio, la *anticommandeering rule* deja en pie las herramientas que en el contexto de una cooperación o integración administrativa basada en la *voluntariedad, al menos formal*, pueden emplearse para articular una ejecución multi-nivel del derecho federal. Es más, su limitado alcance deja indemne incluso determinados mandatos de cooperación, que se reduzcan a imponer meras activi-

dades de gestión, como la *comunicación* de información relevante para la ejecución del ordenamiento federal, así como algunos instrumentos indirectos de coerción que el legislador federal puede emplear para ‘motivar’ la cooperación subfederal. Entre estos, la amenaza del legislador de ejercer su poder preentivo tiene un alcance muy limitado en el contexto del ejercicio de las competencias de ejecución, pues la prohibición que implica la preención no sirve al propósito originario de reforzar la efectividad del ordenamiento federal, efectividad que la propia administración nacional, por sí sola, no puede garantizar. Más eficaz podría resultar que el legislador nacional condicionara la participación subvencionada en programas federales a la cooperación de los Estados y entidades locales en la ejecución de la legislación federal de extranjería. Por último, no menos importante, no debe perderse de vista que en la medida en que las políticas de no cooperación tengan lugar a nivel estrictamente local serán especialmente vulnerables a la acción del legislador *estatal*. Ello se debe a la relación de subordinación que normalmente une a las entidades locales con el Estado.

## *Bibliografía consultada*

- Abrams, Kerry. "Plenary Power Preemption." *Virginia Law Review* 99, no. 3 (2013): pp. 601-640.
- Adam B. Cox. "Redundant Enforcement and the Future of Immigration Law." *Supreme Court Review* (2012): pp. 31-65.
- Adler, Matthew D. y Seth F. Kreimer. "The New Etiquette of Federalism: New York, Printz, and Yeskey." *Supreme Court Review* (1998): pp. 71-144.
- Aleinikoff, Thomas A., David A. Martin, Hiroshi Motomura y Maryellen Fullerton. *Immigration and citizenship: process and policy*. 7<sup>a</sup> ed. Thomson West, 2012.
- American Immigration Council. *The 287(G) Program: A Flawed and Obsolete Method of Immigration Enforcement*. Washington, DC, 2012.
- Bach, George. "State Law to the Contrary: Examining Potential Limits on the Authority of State and Local Law Enforcement to Enforce Federal Immigration Law." *Temple Political & Civil Rights Law Review* 22, no. 1 (2012): pp. 67-94.
- Bagenstos, Samuel R. "Spending Clause Litigation in the Roberts Court." *Duke Law Journal* 58, no. 3 (2008): pp. 345-410.
- Bagenstos, Samuel R. "The Anti-Leveraging Principle and the Spending Clause after NFIB." *Georgetown Law Journal* 101, no. 4 (2013): pp. 861-922.
- Bagenstos, Samuel R. "Viva Conditional Federal Spending!." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 37, no. 1 (2014): pp. 93-102.
- Baker, Lynn A. "The Spending Power and the Federalist Revival." *Chapman Law Review* 4 (2001): pp. 195-230.
- Baker, Lynn A. y Mitchell N. Berman. "Getting off the Dole: Why the Court Should Abandon Its Spending Doctrine, and How a Too-Clever Congress Could Provoke It to Do So." *Indiana Law Journal* 78, no. 1 (2003): pp. 459-542.
- Bau, Ignatius. "Cities of Refuge: No Federal Preemption of Ordinances Restricting Local Government Cooperation with the INS." *La Raza Law Journal* 7, no. 1 (1994), pp. 50-71.

- Bau, Ignatius. "Cities of Refuge: No Federal Preemption of Ordinances Restricting Local Government Cooperation with the INS." *La Raza Law Journal* 7, no. 1 (1994), pp. 50-71.
- Bilder, Richard B. "The Role of States and Cities in Foreign Relations." *The American Journal of International Law* 83, no. 4 (1989): pp. 821-831
- Bosniak, Linda S. "Immigrants, Preemption and Equality." *Virginia Journal of International Law* 35, no. 1 (1994): pp. 179-199,
- Bulman-Pozen, Jessica y Heather K. Gerken. "Uncooperative Federalism." *Yale Law Journal* 118, no. 7 (2009): pp. 1256-1311
- Cadman, Dan. *Analysis of the Senate Version of the Davis-Oliver Act*. Center for Immigration Studies (Washington DC, 2015).
- Calabresi, Steven G. "Some Normative Arguments for the Unitary Executive." *Arkansas Law Review* 48, no. 1 (1995): pp. 23-104.
- Calabresi, Steven G. y Saikrishna B. Prakash. "The President's Power to Execute the Laws." *Yale Law Journal* 104, no. 3 (1994): pp. 541-666.
- Caminker, Evan H. "Printz, State Sovereignty, and the Limits of Formalism." *Supreme Court Review* (1997): pp. 199-248.
- Caminker, Evan H. "The Unitary Executive and State Administration of Federal Law." *University of Kansas Law Review* 45, no. 4 (1997): pp. 1075-1112.
- Capps, Randy, Marc R. Rosenblum, Cristina Rodríguez y Muzaffar Christi. *Delegation and divergence: A Study of 287(g) State and Local Immigration Enforcement*. Washington DC: Migration Policy Institute, 2011.
- Carrasco, Gilbert Paul. "Congressional Arrogation of Power: Alien Constellation in the Galaxy of Equal Protection." *Boston University Law Review* 74, no. 4 (1994): pp. 591-642.
- Carro, Jorge L. "Municipal and State Sanctuary Declarations: Innocuous Symbolism or Improper Dictates." *Pepperdine Law Review* 16, no. 2 (1989): pp. 297-328.
- Center for Constitutional Rights, Cardozo Law School Immigration Justice Clinic y National Day Laborer Organizing Network. *A Briefing Guide to the Secure Communities October 2, 2010 "Mandatory Memo."* 2011.
- Chacon, Jennifer M. "Managing Migration through Crime." *Columbia Law Review Sidebar* 109 (2009): pp. 135-148
- Chacon, Jennifer M. "Overcriminalizing Immigration." *Journal of Criminal Law and Criminology* 102, no. 3 (2012): pp. 613-652.
- Chacon, Jennifer M. "The Transformation of Immigration Federalism." *William & Mary Bill of Rights Journal* 21, no. 2 (2012): pp. 577-618.

- Chandler, Anne B. "Why Is the Policeman Asking for My Visa? The Future of Federalism and Immigration Enforcement." *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 15, no. 2 (2008): pp. 209-242
- Chang, Howard F. "Public Benefits and Federal Authorization for Alienage Discrimination by the States." *New York University Annual Survey of American Law* 58, no. 3 (2001-2003): pp. 357-370.
- Chapman, Robert S. y Robert F. Kane. "Illegal Aliens and Enforcement: Present Practices and Proposed Legislation." *U.C. Davis Law Review* 8 (1975): pp. 127-162.
- Chemerinsky, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3<sup>a</sup> ed. Aspen Publishers, 2006.
- Chen, Ming H. "Immigration and Cooperative Federalism: Toward a Doctrinal Framework." *University of Colorado Law Review* 85, no. 4 (2014): pp. 1087-1104.
- Chin, Gabriel J. "Illegal Entry as Crime, Deportation as Punishment: Immigration Status and the Criminal Process." *UCLA Law Review* 58, no 6 (2011): pp. 1417-1460
- Chin, Gabriel J. y Marc L. Miller. "The Unconstitutionality of State Regulation of Immigration through Criminal Law." *Duke Law Journal* 61, no. 2 (2011): pp. 251-314.
- Chin, Gabriel J., Carissa Byrne Hessick, Toni Massaro, Marc L. Miller. "A Legal Labyrinth: Issues Raised by Arizona Senate Bill 1070." *Georgetown Immigration Law Journal* 25, no. 1 (2010): pp. 47-92.
- Cianciarulo, Marisa S. "The Arizonification of Immigration Law: Implications of *Chamber of Commerce v. Whiting* for State and Local Immigration Legislation." *Harvard Latino Law Review*, 15 (2012): pp. 85-128.
- Cimini, Christine N. "Hands off Our Fingerprints: State, Local, and Individual Defiance of Federal Immigration Enforcement." *Connecticut Law Review* 47, no. 1 (2014): pp. 101-166.
- Cleveland, Sarah H. "Powers Inherent in Sovereignty: Indians, Aliens, Territories, and the Nineteenth Century Origins of Plenary Power over Foreign Affairs." *Texas Law Review* 81 (2002): pp. 1-284.
- Coan, Andrew B. "Commandeering, Coercion, and the Deep Structure of American Federalism." *Boston University Law Review* 95, no. 1 (2015): pp. 1-34.
- Cohen, William. "Congressional Power to Validate Unconstitutional State Laws: A Forgotten Solution to an Old Enigma." *Stanford Law Review* 35, no. 3 (1983): pp. 387-422.

- Cohn, Raymond L. *Mass Migration Under Sail: European Immigration to the Antebellum United States*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- Collins, Michael G. y Jonathan Remy Nash. "Prosecuting Federal Crimes in State Courts." *Virginia Law Review* 97, no. 2 (2011): pp. 243-316.
- Cooper, Phillip J. *By order of the President: The Use and Abuse of Executive Direct Action*. 2<sup>a</sup> ed. University Press of Kansas, 2014.
- Cortez, Nathan G. "The Local Dilemma: Preemption and the Role of Federal Standards in State and Local Immigration Laws." *SMU Law Review* 61, no. 1 (2008): pp. 47-66.
- Cox, Adam B. "Immigration Law's Organizing Principles." *University of Pennsylvania Law Review* 157, no. 2 (2008): pp. 341-394 (con respuesta de Peter H. Schuck en *U. Pa. L. Rev. PENNumbra* 157, pp. 235-239).
- Cox, Adam B. y Eric A. Posner. "Delegation in Immigration Law." *University of Chicago Law Review* 79, no. 4 (2012): pp. 1285-1350.
- Cox, Adam B. y Thomas J. Miles. "Policing Immigration." *University of Chicago Law Review* 80, no. 1 (2013): pp. 87-136.
- Cox, Adam B., y Cristina M. Rodriguez. "The President and Immigration Law." *Yale Law Journal* 119, no. 3 (2009): pp. 458-547.
- Cox, Adam B., y Cristina M. Rodriguez. "The President and Immigration Law Redux." *Yale Law Journal* 125, no. 1 (2015): pp. 104-225.
- David H. Moore, "Beyond One Voice", *Minnesota Law Review*, Vol. 98, Issue 3 (February 2014), pp. 953-1045
- Delahunty, Robert J. y John C. Yoo. "Dream On: The Obama Administration's Nonenforcement of Immigration Laws, the DREAM Act, and the Take Care Clause", *Texas Law Review* 91, no. 4 (2013): pp. 781-858.
- DeLisi, Matt y Peter J. Conis. *American Corrections: Theory, Research, Policy, and Practice*. 2<sup>a</sup> ed. Burlington: Jones & Bartlett Learning, 2013.
- Denning, Brannon P. y Michael D. Ramsey. "American Insurance Association v. Garamendi and Executive Preemption in Foreign Affairs." *William and Mary Law Review* 46, no. 3 (2004): pp. 825-950
- Dillon, John. *Treatise of the Law of Municipal Corporations*. 1<sup>a</sup> ed. Chicago: James Cockcroft & Co., 1872.
- Eagly, Ingrid V. "Criminal Justice for Noncitizens: An Analysis of Variation in Local Enforcement." *New York University Law Review* 88, no. 4 (2013): pp. 1126-1223.
- Eagly, Ingrid V. "Local Immigration Prosecution: A Study of Arizona before SB 1070." *UCLA Law Review* 58, no. 6 (2011): pp. 1749-1818

- Eastman, John C. "The States Enter the Illegal Immigration Fray". En *Strange neighbors: the role of states in immigration policy*, editado por Carissa Byrne Hessick y Gabriel J. Chin, pp. 130-163. New York: New York University Press, 2014.
- Eastman, John C. y Karen J. Lugo, "Arizona's Immigration Storm", *Engage* 12, no. 1 (2011): pp. 68-72.
- Elazar, Daniel J. "Cooperative Federalism." En *Competition Among States and Local Governments: Efficiency and Equity in American Federalism*, editado por Daphne A. Kenyon y John Kincaid, pp. 65-86. Washington D.C.: Urban Institute, 1991.
- Elazar, Daniel J. *The American Partnership: Intergovernmental Co-operation in the Nineteenth-Century United States*. Chicago: The Chicago University Press, 1962.
- Elias, Stella Burch. "The New Immigration Federalism." *Ohio State Law Journal* 74, no. 5 (2013): pp. 704-752.
- Engdahl, David E. *Constitutional Federalism*, St. Paul: West, 2<sup>a</sup>, 1987.
- Erin Ryan, *Federalism and the tug of war within*, New York: Oxford University Press, 2011.
- Erwin Chemerinsky, *Enhancing Government: Federalism for the 21st Century*, Stanford University Press, 2008.
- Fan, Mary. "Rebellious State Crimmigration Enforcement and the Foreign Affairs Power." *Washington University Law Review* 89, no. 6 (2012): pp. 1269-1308.
- Franklin, Frank George. *The Legislative History of Naturalization in the United States. From the Revolutionary War to 1861*. Chicago: University of Chicago Press, 1906.
- Gardbaum, Stephen A. "The Breadth vs. the Depth of Congress's Commerce Power: The Curious History of Preemption during the Lochner Era." En *Federal Preemption. States' Powers, National Interests*, editado por Richard A. Epstein y Michael S. Greve, pp. 48-78. Washington D.C.: AEI Press, 2007.
- Gardbaum, Stephen A. "The Nature of Preemption." *Cornell Law Review* 79, no. 4 (1994): pp. 767-815.
- Gardbaum, Stephen. "New Deal Constitutionalism and the Unshackling of the States." *University of Chicago Law Review* 64, no. 2 (1997): pp. 483-566.
- Getiashvili, Ana. "Safe Localities through Cooperation: Why the Secure Communities Program Violates the Constitution." *Hofstra Law Review* 40, no. 4 (2012): pp. 1063-1098

- Gilbert, Lauren. "Obama's Ruby Slippers: Enforcement Discretion in the Absence of Immigration Reform." *West Virginia Law Review* 116, no. 1 (2013): pp. 255-312.
- Glaze, Lauren E. y Danielle Kaeble, *Correctional Populations in the United States, 2013*. Bureau of Justice Statistics Bulletin NCJ 248479, 2014.
- Goldsmith, Jack L. "Federal Courts, Foreign Affairs, and Federalism." *Virginia Law Review* 83, no. 8 (1997): pp. 1617-1716.
- Gordon, Charles, Stanley Mailman, Stephen Yale-Loehr y Ronald Y. Wada. *Immigration Law and Procedure*. 2<sup>a</sup> ed. Rev. Ed. Newark: Matthew Bender, 2012.
- Grubb, Farley. *German Immigration and Servitude in America, 1709-1920*. New York: Routledge, 2013.
- Gulasekarem, Pratheepan y Rose Cuison Villazor. "Sanctuary Policies & Immigration Federalism: A Dialectic Analysis." *Wayne Law Review* 55, no. 4 (2009): pp. 1683-1724.
- Guttentag, Lucas. "Immigration Preemption and the Limits of State Power: Reflections on *Arizona v. United States*." *Stanford Journal of Civil Rights and Civil Liberties* 9, no. 1 (2013): pp. 1-46.
- Guttin, Andrea. "The Criminal Alien Program. Immigration Enforcement in Travis County, Texas." *Immigration Policy Center*, febrero de 2010.
- Halberstam, Daniel. "Comparative Federalism and the Issue of Commandeering." En *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, editado por Robert Howse y Kalypso Nicolaidis, pp. 213-251, New York: Oxford University Press, 2001.
- Henkin, Louis. *Foreign Affairs and the US Constitution*. New York: Oxford University Press, 2<sup>a</sup> ed., 1996.
- Herring, George C. *From Colony to Superpower: U.S. Foreign Relations Since 1776*. Oxford University Press, 2008.
- Hertz, Michael T. "Limits to the Naturalization Power". *Georgetown Law Journal* 64, no. 5 (1976): pp. 1007-1046.
- Hills Jr., Roderick M. "*Arizona v. United States*: The Unitary Executive's Enforcement Discretion as a Limit on Federalism." *Cato Supreme Court Review* (2011-2012): pp. 189-218
- Hills Jr., Roderick M. "The Eleventh Amendment as Curb on Bureaucratic Power." *Stanford Law Review* 53, no. 5 (2001): pp. 1225-1258.
- Hills Jr., Roderick M. "The Political Economy of Cooperative Federalism: Why State Autonomy Makes Sense and Dual Sovereignty Doesn't." *Michigan Law Review* 96, no. 4 (1998): pp. 813-944.



- Hing, Bill Ong. "Immigration Sanctuary Policies: Constitutional and Representative of Good Policing and Good Public Policy." *UC Irvine Law Review* 2, no. 1 (2012): pp. 247-312.
- Hirota, Hidetaka. "The Moment of Transition: State Officials, the Federal Government, and the Formation of American Immigration Policy." *Journal of American History* 99, no. 4 (2013): pp. 1092- 1108.
- Hoffman, Abraham, *Unwanted Mexican Americans in the Great Depression: Repatriation Pressures, 1929-1939*. Tucson: The University of Arizona Press, 1974.
- Hu, Margaret. "Reverse-Commandeering." *U.C. Davis Law Review* 46, no. 2 (2012): pp. 535-628.
- Huntington, Clare. "The Constitutional Dimension of Immigration Federalism." *Vanderbilt Law Review* 61, no. 3 (2008): pp. 787-856.
- Immigration Policy Center. *Cracking The Safe Act: Understanding the Impact and Context of H.R. 2278, the "Strengthen and Fortify Enforcement Act."* Washington DC, 2013.
- Jack Goldsmith, "Statutory Foreign Affairs Preemption", *Supreme Court Review*, Vol. 2000, pp. 175-222
- Jackson, Vicki C. "Federalism and the Uses and Limits of Law: *Printz* and Principle." *Harvard Law Review* 111, no. 8 (1998): pp. 2180-2259.
- Jain, Eisha. "Arrests as Regulation." *Stanford Law Review* 67, no. 4 (2015): pp. 809-868.
- Jessica Bulman-Polzen, "From Sovereignty and Process to Administration and Politics: The Afterlife of American Federalism", *Yale Law Journal*, Vol. 123, Issue 6 (April 2014), pp. 1920-1957
- Johnson, Kevin R. *The 'huddled masses' myth: immigration and civil rights*. Temple University Press, 2004.
- Johnson, Kit y Peter J. Spiro, "Debate: Immigration Preemption After United States v. Arizona", *University of Pennsylvania Law Review Online* 161 (2012): pp. 100-116.
- Kalhan, Anil. "Immigration Policing and Federalism through the Lens of Technology, Surveillance, and Privacy." *Ohio State Law Journal* 74, no. 6 (2013): pp. 1105-1166.
- Kang, Stephanie. "A Rose by Any Other Name: The Chilling Effect of ICE's Secure Communities Program." *Hastings Race and Poverty Law Journal* 9, no. 1 (2012): pp. 83-108.
- Katz, Lewis R. "Terry v. Ohio at Thirty-Five: A Revisionist View." *Mississippi Law Journal* 74, no. 2 (2004): pp. 423-500.

- Keaney, Melissa y Alvaro M. Huerta. "Restrictionist States Rebuked: How *Arizona v. United States* Reins in States on Immigration." *Wake Forest Journal of Law & Policy* 3, no. 2 (2013): pp. 249-280.
- Kettner, James H. *The development of American Citizenship, 1608-1870*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1975.
- Kim, Catherine Y. "Immigration Separation of Powers and the President's Power to Preempt." *Notre Dame Law Review* 90, no. 2 (2015): pp. 691-734.
- Kincaid, John. "Three faces of contemporary American federalism." En *The Federal Nation: Perspectives on American Federalism*, editado por Iwan W. Morgan y Philip J. Davies, pp. 63-81. New York: Palgrave Macmillan, 2008.
- Kittrie, Orde F. "Federalism, Deportation, and Crime Victims Afraid to Call the Police." *Iowa Law Review* 91, no. 5 (2006): pp. 1449-1508.
- Kobach, Kris W. "A Response to Margaret Stock." *Regent University Law Review* 23, no. 2 (2010-2011): pp. 375-378.
- Kobach, Kris W. "Arizona's S.B. 1070 Explained." *UMKC Law Review* 79, no. 4 (2011): pp. 815-826.
- Kobach, Kris W. "Attrition through Enforcement: A Rational Approach to Illegal Immigration." *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 15, no. 2 (2008): pp. 155-164.
- Kobach, Kris W. "Reinforcing the Rule of Law: What States Can and Should Do to Reduce Illegal Immigration." *Georgetown Immigration Law Journal* 22, no. 3 (2008): pp. 459-484.
- Kobach, Kris W. "The Quintessential Force Multiplier: The Inherent Authority of Local Police to Make Immigration Arrests." *Albany Law Review* 69, no. 1 (2005): pp. 179-236.
- Kortoszynski, Ronald J. Jr. "Listening to the Sounds of Sovereignty but Missing the Beat: Does the New Federalism Really Matter." *Indiana Law Review* 32, no. 1 (1998): pp. 11-26.
- Kramer, Larry D. "Putting the Politics Back into the Political Safeguards of Federalism." *Columbia Law Review* 100, no. 1 (2000): pp. 215-293.
- Kramer, Larry, "Understanding Federalism," *Vanderbilt Law Review* 47, no. 5 (1994): pp. 1485-1562.
- Krent, Harold J. "Executive Control over Criminal Law Enforcement: Some Lessons from History." *American University Law Review* 38, no. 2 (1989): pp. 275-312.
- LaFave, Wayne R. *Search and Seizure. A Treatise on the Fourth Amendment*. 4<sup>a</sup> ed. Eagan: Thomson West, 2004.

- LaFave, Wayne R., Jerold H. Israel, Nancy J. King y Orin S. Kerr. *Criminal Procedure*. 4<sup>a</sup> ed. St. Paul: Thomson West, 2009.
- LaFountain, Robert C., Richard Y. Schauffler, Shauna M. Strickland, y Kathryn A. Holt. *Examining the Work of State Courts: An Analysis of 2010 State Court Caseloads*. National Center for State Courts, 2012.
- Lasch, Christopher N. "Enforcing the Limits of the Executive's Authority to Issue Immigration Detainers." *William Mitchell Law Review* 35, no. 1 (2008): pp. 164-196
- Lasch, Christopher N. "Federal immigration detainers after *Arizona v. United States*." *Loyola of Los Angeles Law Review* 46, no. 2 (2013): pp. 629-702.
- Lasch, Christopher N. "Preempting Immigration Detainer Enforcement under *Arizona v. United States*." *Wake Forest Journal of Law & Policy* 3, no. 2 (2013): pp. 281-332.
- Law, Anna O. "Lunatics, Idiots, Paupers, and Negro Seamen: Immigration Federalism and the Early American State." *Studies in American Political Development* 28, no. 2 (2014): pp. 107-128.
- Lawson, Gary. "The Rise and Rise of the Administrative State." *Harvard Law Review* 107, no. 6 (1994): pp. 1231-1254.
- Lee, Stephen. "De Facto Immigration Courts." *California Law Review* 101, no. 3 (2013): pp. 553-608
- Legislative Budget Board. State of Texas. *Top 100 Federal Funding Sources in the Texas State Budget Legislative Primer*. Austin, 2013.
- Legomsky, Stephen H. y Cristina M. Rodriguez. *Immigration and Refugee Law and Policy*. 6<sup>a</sup> ed. Foundation Press, 2015.
- Lemos, Margaret H. "State Enforcement of Federal Law." *New York University Law Review* 86, no. 3 (2011): pp. 698-765.
- Levit, Janet Koven. "Pretextual Traffic Stops: *United States v. Whren* and the Death of *Terry v. Ohio*." *Loyola University Chicago Law Journal* 28, no. 1 (1996): pp. 145-188.
- Lewis, Calvin L., David Strange y Michael Blake Downey. "Why Arizona Senate Bill 1070 Is Constitutional and Not Preempted by Federal Law." *University of Detroit Mercy Law Review* 89, no. 3 (2012): pp. 283-298.
- Lindsay, Matthew J. "Immigration as invasion: Sovereignty, security, and the origins of the Federal immigration power." *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review* 45 (2010): pp. 1-56.
- Lindsay, Matthew J. "Immigration, Sovereignty, and the Constitution of Foreignness", *Connecticut Law Review*, Vol. 45, Issue 3 (February 2013), pp. 743-812.

- Lindsay, Matthew J. "Preserving the Exceptional Republic: Political Economy, Race, and the Federalization of American Immigration Law." *Yale Journal of Law & the Humanities* 17, no. 2 (2005): pp. 181-252.
- Maclin, Tracey. "Police Interrogation During Traffic Stops: More Questions Than Answers." *The Champion* (noviembre de 2007): pp. 34-39.
- Maier, Harold G. "Preemption of State Law." *The American Journal of International Law* 83, no. 4 (1989): pp. 832-839.
- Manheim, Karl. "State Immigration Laws and Federal Supremacy." *Hastings Constitutional Law Quarterly* 22, no. 4 (1994): pp. 939-1018
- Manheim, Karl. "State Immigration Laws and Federal Supremacy." *Hastings Constitutional Law Quarterly* 22, no. 4 (1994): pp. 939-1018.
- Manuel, Kate M. *State Challenges to Federal Enforcement of Immigration Law: Historical Precedents and Pending Litigation in Texas v. United States*. CRS Report No. R43839. Washington, DC: Congressional Research Service, 2015.
- Margulies, Peter. "Taking Care of Immigration Law: Presidential Stewardship, Prosecutorial Discretion, and the Separation of Powers." *Boston University Law Review* 94, no. 1 (2014): pp. 105-178
- Markowitz, Peter L. "Undocumented No More: The Power of State Citizenship", *Stanford Law Review*, Vol. 67, Issue 4 (April 2015), pp. 869-915.
- Martin, David A. "A Defense of Immigration-Enforcement Discretion: The Legal and Policy Flaws in Kris Kobach's Latest Crusade." *The Yale Law Journal Online* 122 (2012): pp. 167-186.
- Martin, David A. "Reading Arizona." *Virginia Law Review In Brief* 98 (2012): pp. 41-47.
- Martin, Susan F. *A nation of immigrants*. Cambridge University Press, 2011.
- Mashaw, Jerry L., Richard A. Merrill y Peter M. Shane. *Administrative Law: The American Public Law System, Cases and Materials*. St. Paul: Thomson West, 2009.
- McCoy, Thomas R. y Barry Friedman. "Conditional Spending: Federalism's Trojan Horse." *Supreme Court Review* (1988): pp. 85-128.
- McGinnis, John O. "Models of the Opinion Function of the Attorney General: A Normative, Descriptive, and Historical Prolegomenon." *Cardozo Law Review* 15, nos. 1-2 (1993): pp. 375-436.
- Merritt, Deborah Jones. "Three Faces of Federalism: Finding a Formula for the Future." *Vanderbilt Law Review* 47, no. 5 (1994): pp. 1563-1586.
- Messinger, Eric. "Transparency and the Office of Legal Counsel." *New York University Journal of Legislation and Public Policy* 17, no. 1 (2013-2014): pp. 239-296

- Metzger, Gillian E. "Federalism under Obama." *William and Mary Law Review* 53, no. 2 (2011): pp. 567-620.
- Mikos, Robert A. "Can the States Keep Secrets from the Federal Government." *University of Pennsylvania Law Review* 161, no. 1 (2012): pp. 103-178.
- Mikos, Robert A. "Enforcing State Law in Congress's Shadow." *Cornell Law Review* 90, no. 6 (2005): pp. 1411-1486.
- Mikos, Robert A. "Enforcing State Law in Congress's Shadow." *Cornell Law Review* 90, no. 6 (2005): pp. 1411-1486.
- Mitnik, Pablo A. y Jessica Halpern-Finnerty. "Immigration and Local Governments: Inclusionary Local Policies in the Era of State Rescaling." En *Taking local control: immigration policy activism in U.S. cities and states*, editado por Monica W. Varsanyi, pp. 51-72. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2010.
- Morrison, Trevor W. "Libya, Hostilities, the Office of Legal Counsel, and the Process of Executive Branch Legal Interpretation." *Harvard Law Review Forum* 124, pp. 62-74.
- Motivans, Mark. *Federal Justice Statistics, 2010*. Bureau of Justice Statistics Bulletin NCJ 239913, 2013.
- Motomura, Hiroshi. "Federalism, International Human Rights, and Immigration Exceptionalism." *University of Colorado Law Review* 70, no. 4 (1999): pp. 1361-1394.
- Motomura, Hiroshi. "Immigration and Alienage, Federalism and Proposition 187." *Virginia Journal of International Law* 35, no. 1 (1994): pp. 201-216.
- Motomura, Hiroshi. "The Discretion That Matters: Federal Immigration Enforcement, State and Local Arrests, and the Civil-Criminal Line." *UCLA Law Review* 58, no. 6 (2011): pp. 1819-1858.
- Motomura, Hiroshi. "Whose Immigration Law?: Citizens, Aliens, and the Constitution." *Columbia Law Review* 97 (1997): pp. 1567-1602.
- Motomura, Hiroshi. *Americans in waiting: the lost story of immigration and citizenship in the United States*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- Motomura, Hiroshi. *Immigration Outside the Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.
- National Community Advisory Commission. *Restoring Community: A National Community Advisory Report on ICE's Failed "Secure Communities" Program*. 2011.
- National Immigration Forum. *Secure Communities*. Washington DC, 2011.
- Neuman, Gerald L. *Strangers to the Constitution: immigrants, borders, and fundamental law*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1996.

- Newton Lina y Brian E. Adams. "State Immigration Policies: Innovation, Cooperation or Conflict?" *Publius* 39, no. 3 (2009): pp. 408-431.
- Newton, Lina. "Policy Innovation or Vertical Integration: A View of Immigration Federalism from the States." *Law & Policy* 34, no. 2 (2012): pp. 113-137.
- Nowak John E. y Ronald D. Rotunda. *Constitutional Law*. St. Paul: Thomson/West, 8<sup>a</sup> ed, 2010.
- Olivas, Michael A. "Immigration-Related State and Local Ordinances: Preemption, Prejudice, and the Proper Role for Enforcement." *University of Chicago Legal Forum* (2007): pp. 27-56.
- Olivas, Michael A. "Preempting Preemption: Foreign Affairs, State Rights, and Alienage Classification", *Virginia Journal of International Law* 35, no. 1 (1994): pp. 217-236.
- Pfander, James E. y Theresa R. Wardon. "Reclaiming the Immigration Constitution of the Early Republic: Prospectivity, Uniformity, and Transparency." *Virginia Law Review* 96, no. 2 (2010): pp. 359-442.
- Pham, Huyen. "The Constitutional Right Not to Cooperate: Local Sovereignty and the Federal Immigration Power." *University of Cincinnati Law Review* 74, no. 4 (2006): pp. 1373-1414.
- Pham, Huyen. "The Inherent Flaws in the Inherent Authority Position: Why Inviting Local Enforcement of Immigration Laws Violates the Constitution." *Florida State University Law Review*, Vol. 31, Issue 4 (Summer 2004), pp. 965-1004.
- Prakash, Saikrishna Bangalore. "Field Office Federalism." *Virginia Law Review* 79, no. 8 (1993): pp. 1957-2038.
- Pursley, Garrick B. "Dormancy." *Georgetown Law Journal* 100, no. 2 (2012): pp. 497-570.
- Rabin, Nina. "Victims or Criminals? Discretion, Sorting, and Bureaucratic Culture in the U.S. Immigration System." *Southern California Review of Law and Social Justice* 23, no. 2 (2014): pp. 195-247.
- Ramakrishnan, Karthick y Allan Colbern. "The California Package: Immigrant Integration and the Evolving Nature of State Citizenship." *Policy Matters* 6, no. 3 (2015).
- Ramakrishnan, Karthick y Pratheepan Gulasekaram, *The New Immigration Federalism*. New York: Cambridge University Press, 2015.
- Ramsey, Michael D. *The Constitution's Text in Foreign Affairs*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2007.
- Reaves, Brian A. *Census of State and Local Law Enforcement Agencies, 2008*. Bureau of Justice Statistics Bulletin NCJ 233982, 2011.

- Renn, Cecilia. "State and Local Enforcement of the Criminal Immigration Statutes and the Preemption Doctrine." *University of Miami Law Review* 41, no. 5 (1987): pp. 999-1024
- Reynolds Jr., Osborne M. *Local Government Law*. 3<sup>a</sup> ed. St. Paul: Thomson West, 2009.
- Richman, Daniel. "The Past, Present, and Future of Violent Crime Federalism." *Crime & Justice* 34 (2006): pp. 377-439.
- Robertson, David Brian. *Federalism and the making of America*. New York: Routledge, 2012.
- Rodríguez, Cristina M. "Law and Borders: Leaving immigration policy to the states may sound scary. But not every state is Arizona, and immigration federalism can work." *Democracy: A Journal of Ideas*, no. 33 (2014).
- Rodríguez, Cristina M. "The Integrated Regime of Immigration Regulation." En *Writing Immigration: Scholars and Journalists in Dialogue*, editado por Marcelo Suarez-Orozco, Vivian Louie, Roberto Suro. Berkeley: University of California Press, 2011.
- Rodríguez, Cristina M. "The Significance of the Local in Immigration Regulation." *Michigan Law Review* 106, no. 4 (2008): pp. 567-642
- Rodríguez, Cristina M. "The Significance of the Local in Immigration Regulation." *Michigan Law Review* 106, no. 4 (2008): pp. 567-642.
- Rodríguez, Cristina M., Muzaffar Chishti y Kimberly Nortman. "Legal limits on Immigration Federalism." En *Taking local control: immigration policy activism in U.S. cities and states*, editado por Monica W. Varsanyi, pp. 31-50. Stanford, Calif.: Stanford University Press, 2010.
- Rodríguez, Cristina, Muzaffar Chishti y Kimberly Nortman. *Testing the Limits: A Framework for Assessing the Legality of State and Local Immigration Measures*. Migration Policy Institute, 2007.
- Rodríguez, Cristina, Muzaffar Chishti, Randy Capps, y Laura St. John. *A Program in Flux: New Priorities and Implementation Challenges for 287(g)*. Washington DC: Immigration Policy Institute, 2010.
- Rosenblum, Marc R. *Understanding the Potential Impact of Executive Action on Immigration Enforcement*. Washington, DC: Migration Policy Institute, 2015.
- Rotunda, Ronald D. "The Doctrine of Conditional Preemption and Other Limitations on Tenth Amendment Restrictions." *University of Pennsylvania Law Review* 132, no. (1984): pp. 289-325.
- Rubenstein, David S. "Immigration Structuralism: A Return to Form." *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 8, no. 1 (2013): pp. 81-152.

- Salter, Lucy E. *Laws Harsh as Tigers: Chinese Immigrants and the Shaping of Modern Immigration Law*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1995.
- Schafer, Matthew. "Constraints on State-Level Foreign Policy: (Re) Justifying, Refining and Distinguishing the Dormant Foreign Affairs Doctrine." *Seton Hall Law Review* 41, no. 1 (2011): pp. 201-318
- Schapiro, Robert A. *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights*. Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- Schapiro, Robert A. *Polyphonic Federalism: Toward the Protection of Fundamental Rights*, University Of Chicago Press, 2009.
- Schuck, Peter H. "Taking Immigration Federalism Seriously." *University of Chicago Legal Forum* (2007): pp. 57-92
- Schuck, Peter H. y John Williams. "Removing Criminal Aliens: The Pitfalls and Promises of Federalism." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 22, no. 2 (1999): pp. 367-464
- Schultz, Ronald. "'Allegiance and land go together': Automatic Naturalization and the Changing Nature of Immigration in Nineteenth-Century America". *American Nineteenth Century History*. 12, no. 2 (2011): pp. 149-176.
- Sessions, Jeff y Cynthia Hayden. "The Growing Role for State and Local Law Enforcement in the Realm of Immigration Law." *Stanford Law & Policy Review* 16, no. 2 (2005): pp. 323-348
- Siegel, Neil S. "Commandeering and Its Alternatives: A Federalism Perspective," *Vanderbilt Law Review* 59, no. 5 (2006): pp. 1627-1692
- Skerry, Peter. "Many Borders to Cross: Is Immigration the Exclusive Responsibility of the Federal Government?" *Publius* 25, no. 3 (1995): pp. 71-85.
- Smith, Matthew A. "Delegating Away the Unitary Executive: Reviewing INA Sec. 287(g) Agreements through the Lens of the Unitary Executive Theory." *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 8, no. 1 (2013): pp. 197-216
- Snyder, Howard N. *Arrest in the United States, 1990-2010*. Bureau of Justice Statistics Bulletin NCJ 239423, 2012.
- Spiro, Peter J. "Crosby as Way-Station." *Berkeley Journal of International Law* 21, no. 1 (2003): pp. 146-151.
- Spiro, Peter J. "Federalism and immigration: models and trends." *International Social Science Journal* 53, no. 167 (2001): pp. 67-73.
- Spiro, Peter J. "Foreign Relations Federalism." *University of Colorado Law Review* 70, no. 4 (1999): pp. 1223-1276.
- Spiro, Peter J. "Formalizing Local Citizenship", *Fordham Urban Law Journal*, Vol. 37, Issue 2 (April 2010), pp. 559-572.



- Spiro, Peter J. "Learning to Live with Immigration Federalism." *Connecticut Law Review* 29, no. 4 (1997): pp. 1627-1646.
- Spiro, Peter J. "Learning to Live with Immigration Federalism." *Connecticut Law Review* 29, no. 4 (1997): pp. 1627-1646.
- Spiro, Peter J. "The States and Immigration in an Era of Demi-Sovereignities." *Virginia Journal of International Law* 35, no. 1 (1994): pp. 121-178.
- Stock, Margaret D. "Arizona's Attempt to Enforce Federal Immigration Law: 'Force Multiplier' or 'Ball and Chain'?" *Engage* 11, no. 3 (2010): pp. 94-98.
- Stock, Margaret D. "S.B. 1070: The Unconstitutional and Inefficient Law That May Just Fix Immigration." *Regent University Law Review* 23, no. 2 (2010-2011): pp. 363-374
- Stone, Geoffrey R., Edward H. Levi, Louis Michael Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet, Pamela S. Karlan. *Constitutional Law*. 7<sup>a</sup> ed. New York: Wolters Kluwer, 2013.
- Stumpf, Juliet P. "D(e)volving Discretion: Lessons from the Life and Times of Secure Communities." *American University Law Review* 64, no. 5 (2015): pp. 1259-1284.
- Stumpf, Juliet P. "States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration." *North Carolina Law Review* 86, no. 6 (2008): pp. 1557-1618
- Stumpf, Juliet P. "States of Confusion: The Rise of State and Local Power over Immigration." *North Carolina Law Review* 86, no. 6 (2008): pp. 1557-1618.
- Su, Rick. "A Localist Reading of Local Immigration Regulations." *North Carolina Law Review* 86, no. 6 (2008): pp. 1619-1684.
- Su, Rick. "Notes on the Multiple Facets of Immigration Federalism." *Tulsa Journal of Comparative and International Law* 15, no. 2 (2008): pp. 179-208.
- Su, Rick. "Police Discretion and Local Immigration Policymaking." *UMKC Law Review* 79, no. 4 (2011): pp. 901-924.
- Su, Rick. "The Overlooked Significance of Arizona's New Immigration Law." *Michigan Law Review First Impressions* 109 (2010): pp. 76-79.
- Su, Rick. "The Role of States in the National Conversation on Immigration." En *Strange neighbors: the role of states in immigration policy*, editado por Carissa Byrne Hessick y Gabriel J. Chin, pp. 198-228. New York: New York University Press, 2014.
- Su, Rick. "The States of Immigration." *William & Mary Law Review* 54, no. 4 (2013): pp. 1339-1408.
- Tichenor, Daniel J. *Dividing lines: The politics of immigration control in America*. Princeton: Princeton University Press, 2002.

- Tichenor, Daniel J. y Alexandra Filindra. "Raising *Arizona v. United States*: Historical Patterns of American Immigration Federalism." *Lewis & Clark Law Review* 16, no. 4 (2012): pp. 1215-1248.
- Titshaw, Scott. "Revisiting the Meaning of Marriage: Immigration for Same-Sex Spouses in a Post-Windsor World." *Vanderbilt Law Review En Banc* 66: pp. 167-177.
- Treyger, Elina. "The Deportation Conundrum." *Seton Hall Law Review* 44, no 1 (2014): pp. 107-170.
- Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*. Vol. I. 3<sup>a</sup> ed. Foundation Press, 2000.
- U.S. Congress. House of Representatives. *Personal Responsibility and Work Opportunity Reconciliation Act of 1996, Conference Report to accompany H.R. 3734*. 104th Cong., 1996, H. Rep. 104-725.
- U.S. Congress. Senate. Committee on Governmental Affairs. Permanent Subcommittee on Investigations. *Criminal Aliens in the United States*. 104th Cong. 1st sess., 1995, S. Rep. 104-48.
- U.S. Department of Homeland Security. *Guidance on State and Local Governments' Assistance in Immigration Enforcement and Related Matters*. Washington DC, 2011.
- U.S. Department of Homeland Security. Homeland Security Advisory Council. *Task Force on Secure Communities Findings and Recommendations*. Washington DC, 2011.
- U.S. Department of Homeland Security. Office of Inspector General. *The Performance of 287(g) Agreements*. OIG-10-63. Washington, DC, 2010.
- U.S. Department of Homeland Security. Office of Inspector General. *The Performance of 287(g) Agreements, FY 2011 Update*. OIG-11-119. Washington, DC, 2011.
- U.S. Department of Homeland Security. Office of Inspector General. *The Performance of 287(g) Agreements. Report Update*. OIG-10-124. Washington DC, 2010.
- U.S. Department of Justice. Office of the Inspector General. *Immigration and naturalization Service Institutional Removal Program*. Audit Report 02-41. Washington DC, 2002.
- U.S. General Accounting Office. Office of Inspector General. *Cooperation of SCAAP Recipients in the Removal of Criminal Aliens from the United States*. Audit Report 07-07. Washington DC, 2007.

- U.S. Government Accountability Office. *Better Controls Needed over Program Authorizing State and Local Enforcement of Federal Immigration Laws*. GAO-09-109. Washington DC, 2009.
- U.S. Government Accountability Office. *Secure Communities. Criminal Alien Removals Increased, but Technology Planning Improvements Needed*. GAO-12-708. Washington DC, 2012.
- U.S. Immigration and Customs Enforcement. *ICE's use of IDENT/IAFIS Interoperability. Monthly Statistics through February 28, 2015*. Washington DC, 2015.
- U.S. Immigration and Customs Enforcement. *Law Enforcement Support Center Training Manual*. Washington DC, 2005.
- U.S. Immigration and Customs Enforcement. *Secure Communities IDENT/IAFIS Interoperability Monthly Statistics through September 30, 2011*. Washington DC, 2011.
- Varsanyi, Monica W., Paul G. Lewis, Doris Marie Provine y Scott Decker. "A Multilayered Jurisdictional Patchwork: Immigration Federalism in the United States." *Law & Policy* 34, no. 2 (2012): pp. 138-158.
- Vaughan, Jessica M. y Russ Doubleday. *Subsidizing Sanctuaries. The State Criminal Alien Assistance Program*. Center for Immigration Studies, 2010.
- Vaughan, Jessica. *Rejecting Detainers, Endangering Communities. Sanctuaries release thousands of criminals*. Center for Immigration Studies, 2015.
- Vazquez, Carlos Manuel. "W(h)ither Zschernig." *Villanova Law Review* 46, no. 5 (2001): pp. 1259-1324.
- Villazor, Rose Cuison. "Sanctuary Cities and Local Citizenship." *Fordham Urban Law Journal* 37, no. 2 (2010): pp. 573-598.
- Villazor, Rose Cuison. "What is a Sanctuary?." *SMU Law Review* 61, no. 1 (2008): pp. 133-158.
- Wadhia, Shoba Sivaprasad. "Rise of Speed Deportation and the Role of Discretion." *Columbia Journal of Race and Law* 5, no. 1 (2014): pp. 1-27
- Wadhia, Shoba Sivaprasad. "The Role of Prosecutorial Discretion in Immigration Law." *Connecticut Public Interest Law Journal* 9, no. 2 (2010): pp. 243-300.
- Waslin, Michele. *The Secure Communities Program: Unanswered Questions and Continuing Concerns*. Immigration Policy Center: Washington, DC: 2011.
- Williams, Norman R. "The Commerce Clause and the Myth of Dual Federalism." *UCLA Law Review* 54, no. 6 (2007): pp. 1847-1930.

- Wishnie, Michael J. "Laboratories of Bigotry – Devolution of the Immigration Power, Equal Protection, and Federalism." *New York University Law Review* 76, no. 2 (2001): pp. 493-569.
- Wishnie, Michael J. "State and Local Police Enforcement of Immigration Laws." *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law* 6, no. 5 (2004): pp. 1084-1115.
- Yañez, Linda Reyna y Alfonso Soto. "Local Police Involvement in the Enforcement of Immigration Law." *Hispanic Law Journal: The University of Texas School of Law* 1 (1994): pp. 9-52
- Young, Ernest A. "'The Ordinary Diet of the Law:' The Presumption Against Preemption in the Roberts Court." *Supreme Court Review* (2011): pp. 253-344
- Young, Ernest A. "Dual Federalism, Concurrent Jurisdiction, and the Foreign Affairs Exception." *George Washington Law Review* 69, no. 2 (2001): pp. 139-188.
- Young, Ernest A. "Federal Preemption and State Autonomy." En *Federal Preemption. States' Powers, National Interests*, editado por Richard A. Epstein y Michael S. Greve, pp. 249-276. Washington D.C.: AEI Press.
- Young, Ernest A. "The Rehnquist Court's Two Federalisms." *Texas Law Review* 83, no. 1 (2004): pp. 1-166.
- Young, Ernst A. "The Puzzling Persistence of Dual Federalism." En *Federalism and Subsidiarity*, editado por James E. Fleming and Jacob T. Levy, pp. 34-82. New York: New York University Press, 2014
- Zolberg, Aristide R. *A nation by design. Immigration policy in the fashioning of America*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.